Die Berechtigung der Art
der Unterscheidung von

Mord und Totschlag

im neuen Strafgesetzbuch-Entwurf

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Rostock

vorgelegt von Viktor Schützler
Rechtskandidat
1926.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent:

Geh. Justizrat Professor Dr. Wachenfeld.

Inhalt.

Literaturverzeichnis . . . . . Seite 7

I. Geschichtlicher Überblick . . . . . „ 15

II. Der Begriff der Überlegung . . . . . „ 21

III. Zeitpunkt der Überlegung . . . . . „ 31

IV. Die Überlegung als Trennungsmerkmal von Mord und Totschlag . . . . . „ 35

V. Der Begriff der Überlegung in der Praxis . . . „ 38

VI. Die Bestimmung des Entwurfs hinsichtlich Mord und Totschlag . . . . . „ 44

VII. Volksrechtsempfinden hinsichtlich Mord und Totschlag . . . . . „ 51

VIII. Andere Gesetze und Entwürfe . . . . . „ 57

Literatur.

Allfeld: Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina. Erlangen 1877.

Aschaffenburg: Mord und Totschlag in der Strafgesetzgebung. In Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Bd. 9.

von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. Berlin — 1907.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen — 1906.
Grundzüge des Strafrechts. Tübingen — 1925.

Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlagen zur Reform des Strafrechts. (Oesterreich — 1913)

Berg: Luxemburg. In Strafgesetzgebung der Gegenwart I.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig — 1879.

Beseler: Kommentar über das StGB. für die preußischen Staaten. Leipzig — 1851.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Leipzig — 1916.
Grundriß. Leipzig — 1896.
Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Leipzig — 1902.

Birnbaum: Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tötungen. Im neuen Archiv für Kriminalrecht; Halle — 1879.

Brunnenmeister: Quellen der Bambergensis. Leipzig — 1879.
Tötungsverbrechen im altrömischen Recht. Leipzig — 1887.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig — 1892.

van Calker: Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuches in Aussicht zu nehmen? In Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages.
Strafrecht. München — Berlin — Leipzig — 1924.

Corpus Iuris Civilis. Mommsen-Krüger. Berlin — MCMXI.

Crusen und Turrel: Monaco in Strafrecht der Gegenwart I.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. Berlin — Leipzig — 1925.

Ebermayer der VE zu einem Dtsch. StGB. in Deutsche Jur. Zeitung 1911.

Feuerbach: Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs. Gießen — 1804.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin — 1904.

Forsmann: Das finnische Strafgesetzbuch vom 19. Dez. 1889 im Vergleich mit der ältesten Strafgesetzgebung Finnlands. In Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 11.

Frank: Das StGB. für das Deutsche Reich. Tübingen —1925.
dto. Leipzig — 1901.

Gampp: Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts. Wien — 1923.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Bln.-Leipzig — 1922.

Geyer: Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes. München — 1889.

Göbel: Das StGB. für das Deutsche Reich. Leipzig — 1922.

Goltdammer: Die Materialien für die preußischen Staaten II Berlin — 1852.

Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer II. Leipzig — 1899.

Grosch: StGB. für das Deutsche Reich. München — 1912.

Güterbock: Entstehungsgeschichte der Carolina. Würzburg — 1876.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn — 1884.
System des Preußischen Strafrechts II. Bonn — 1868.

Heinze: Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen. Leipzig — 1870.

Henke: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. Bln.-Stettin — 1826.

Heyne: Deutsches Wörterbuch III. Leipzig — 1895.

von Hippel: Deutsches Strafrecht. Berlin — 1925.

Heffter: Lehrbuch des gemeinen Strafrechts. Braunschweig — 1857.

von Holtzendorff: Die Psychologie des Mordes. Berlin — 1875.
Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. Berlin — 1875.
Handbuch des deutschen Strafrechts III. Berlin — 1874.
Rechtslexikon II. Leipzig — 1871.

Jarke: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts III. Berlin — 1830.
In Hitzigs Zeitschrift. Heft 7.

John: Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher. Leipzig — 1858.
Bestimmungen der deutschen Strafgesetzbücher über Mord und Totschlag. In Strafrechtszeitung 1866.
Kritische Bemerkungen zu einzelnen die Tötungen und Körperverletzungen betreffenden Vorschriften des deutschen StGB. In Archiv für Strafrecht Bd. 25.

Kahl: Ist eine Revision des deutschen Strafgesetzbuches in Aussicht zu nehmen? In Verhandlungen des deutschen 26. Juristentages.

Katzenstein: Die grundsätzliche Tötung nach geltendem Recht. In Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 24.

Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig — 1912.

Kovàts: Die Strafrechtsreform im Auslande. In Deutsche Juristenzeitung Bd. 29.

Lammasch: Grundriß des Strafrechts. In Grundriß des oester. Rechts. Bd. II, Abt. 4.

Köhler: Deutsches Strafrecht, allgem. Teil. Leipzig — 1917.

von Lilienthal: Grundriß zur Vorlesung über Deutsches Strafrecht. Marburg — 1900.
Verbrechen und Vergehen gegen das Leben, Zweikampf, Körperverletzung. In „Die Reform des RStGB." Herausg. von Aschrott u. Liszt. Berlin — 1910.

Ed. von Liszt: Die vorsätzliche Tötung. Wien — 1909.
Vorlesung über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts. Graz — 1925.

F. von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin — Leipzig — 1922.
Vergehen und Verbrechen wider das Leben. In Vergl. Darstellung. Bes. Teil V.

Löffler: Tötung und Körperverletzung. In „Der deutsche Strafgesetzbuch-Entwurf." Herausg. v. Gleispach. Leipzig — 1921.

Maier: Die Ueberlegung als alleiniges Unterscheidungsmerkmal von Mord und Totschlag. Diss. Heidelberg — 1914.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart — 1889.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig — Erlangen — 1922.

H. Meyer: Grundzüge des Strafrechts. Leipzig — 1877.
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erlangen — 1875.

Meyer von Schauensee: Der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Kanton Freiburg. In G.S. 89.

Mittermayer: Die Lehre von Mord und Totschlag. In Archiv für preußisches Strafrecht. Bd. II.

Mommsen: Römisches Strafrecht. Leipzig — 1899.
Mord, Raub und Teilnahme an diesem Verbrechen. In Goltdammers Archiv Bd. II.

Nadig: Die vors. Tötungsdelikte nach Art. 52 des Stooß'schen VE zu einem schweiz. StGB. Diss. Leipzig — 1902.

von Naso: Die Unterscheidung von Mord und Totschlag. Diss. Breslau — 1916.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1897 und 1916.

Opitz: Die Scheidung der vors. Tötungsdelikte. Diss. Breslan — 1905.

Oppenhof-Delius: Das StGB. für das deutsche Reich. Berlin — 1901.

Osenbrüggen: Das altrömische Parricidium. 1841.

Paul: Deutsches Wörterbuch. Halle — 1921

Philipps: Britisch-Ostindien. In Strafgesetzgebung der Gegenwart. II.

Prins: Belgien. Deutsch von Crusen. In Strafges. der Gegenwart. I.

Rittler: Tötung und Körperbeschädigung im östr., schweiz. und deutschen Vorentwurfe. In Allgem. öster. Gerichts-Zeitung. Wien — 1911.

Rivière: Frankreich. Deutsch von Crusen. In Strafgesetzgebung der Gegenwart. I.

Rosshirt: Lehrbuch des Kriminalrechts. Heidelberg — 1821.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin — 1879.

Rüdorff-Stenglein: StGB für das Deutsche Reich. Berlin — 1892.

Scheel: Das alte Bamberger Strafrecht vor der Bambergensis. Berlin — 1903.
Johann Freiherr zu Schwarzenberg. Berlin — 1905.

Schiess: Die Begriffe Überlegung und Affekt. Diss. Rostock — 1916.

Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig — 1925.

Schoetensack: Aus der eidgenössischen Gesetzgebung. In G.S. Bd. 89.

Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig — 1919.

Schuster: Großbritannien. In Strafgesetzgebung der Gegenwart. I.

Schwartz: Das StGB für das Deutsche Reich. Berlin — 1914.

Schwarze: Die Verbrechen des Mordes und des Totschlages. In G.S. 1859.
Mord und Totschlag. In G.S. Bd. 20.
Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich. Leipzig — 1871.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig — 1874.

Stephen: Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens. Deutsch von Mühry. Göttingen — 1843.

Stoos: Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt. Basel und Genf — 1892/93.

Thomsen: Das deutsche Strafrecht, bes. Teil. Berlin — 1907.

Thyrén: Die Verbrechen gegen körperliche Unversehrtheit in dem Vorentwurf zu einem schwedischen StGB. Lund — Leipzig 1917.

Wach: Legislative Technik. In Vergl. Darstellung, allg. Tl. 7.

Wachenfeld: Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie von vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgange in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts. Marburg — 1890.

Die Tötungsdelikte. Berlin — 1909.
Die Überlegung in unserem heutigen Mordbegriff. Hersfeld — 1887.
Die Tötungsdelikte in dem deutschen und österreichischen Vorentwurfe zu einem StGB. in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. III.
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München — 1914.
Strafrecht in Holtzendorff-Kohler II.
Die Tötungsdelikte in dem neuen Strafgesetzentwurf. In Archiv für Strafr. und Strafproz. 70 Bd.

von Wächter: Deutsches Strafrecht. Leipzig — 1881.

Weigand: Deutsches Wörterbuch, Bd. II. Gießen — 1910.

Wilda: Strafrecht der Germanen. Halle — 1842.

Zoepfl: Das alte Bamberger Strafrecht als Quelle der Carolina. Heidelberg — 1839.

Gesetze.

Deutschland.
Reichsstrafgesetzbuch.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche nebst Begründung, 1909.
Gegenentwurf zum VE eines deutschen StGB und Begründung 1911.
Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuche nebst Denkschrift, 1920.
Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1925.

Oesterreich.
Vorentwurf zu einem oester. StGB 1909.
Erläuternde Bemerkungen zu einem Vorentwurf eines oester. StGB vom September 1909.
Regierungsvorlage eines StGB 1912.
Regierungsentwurf eines oester. StGB und einer Abänderung der StPO 1912.
Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf eines oester. StGB 1912.
Entwurf eines oester. StGB von 1913.

Die Schweiz.
Vorentwurf 1908
„ 1916 Entwurf des Vorentwurfs 1893/94.
„ 1918

Ungarn.
Das ungarische StGB über Verbrechen und Vergehen. Budapest — 1878.

Serbien.
VE zu einem StGB für das Königreich Serbien. Deutsch von Topalovits und Landsberg. Berlin — 1911.

Holland.
Wetboek van Strafrecht 1881.

Norwegen.

Entwurf eines allgem. bürgerlichen StGB für das Königreich Norwegen von 1896. Deutsch von Rosenfeld und Urbye. Berlin — 1898.

Allg. Bürg. StGB für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902. Deutsch von Rosenfeld und Urbye. Berlin — 1904.

Dänemark.

Allg. bürg. StGB für das Königreich Dänemark vom 10. Februar 1866. Deutsch von Bittl. Berlin — 1901.

Finnland.

Das Strafgesetz für das Großfürstentum Finnland vom 19. Dezember 1889. Deutsch von Oehgvist. Berlin — 1891.

Frankreich.

Code pénal par Bourdeaux. Paris — 1926.

Belgien.

Code pénal Belge par Nypels. Bruxelles — 1867.

Türkei.

Das türkische StGB vom 9. August 1858 mit Novelle vom 4. April 1911. Deutsch von Nord. Berlin — 1912.

Japan.

Vorentwurf zu einem StGB für das kaiserlich japanische Reich. Deutsch von Okada. Berlin — 1899.

StGB für das kaiserlich japanische Reich vom 23. April 1907. Deutsch von Oba. Berlin — 1908.

Spanien.

Spanisches Gesetzbuch, Deutsch von Hartwig. Berlin — 1909.

Portugal.

Das portugiesische StGB, Deutsch von Zander. Berlin — 1903.

Italien.

StGB für das Königreich Italien, von Stephan. Berlin — 1890.

Russland.

StGB, GVG und StPO Sowjetrusslands, von Freund. Mannheim — Berlin — Leipzig — 1925.

Zeitschriften, Sammlungen usw.

Allgemeine oesterreichische Gerichtszeitung. — Wien.

Archiv für Gemeines, Deutsches u. Preußisches Strafrecht. Goltdammer — Berlin.
Jetzt Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. — Berlin.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, hrs. v. Kohler u. Berolzheimer. Berlin — Leipzig.

Deutsche Juristenzeitung, hrs. von Liebmann. — Berlin.

Der Deutsche Strafgesetzbuch-Entwurf, hrs. v. Gleispach. Leipzig — 1921.

Der Gerichtssaal, hrs. von Oetker und Finger. — Stuttgart.

Die Reform des StGB., hrs. von Aschrott und Liszt. Berlin — 1910.

Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Hrsg. von F. von Liszt. Berlin — 1894.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Berlin — Leipzig.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. — Berlin.

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff-Kohler. Berlin — Leipzig — 1904.

Hitzig: Zeitschrift für die Kriminalrechtspflege in den preuß. Staaten. — Berlin

Monatsschrift für Kriminalspychologie und Strafrechtsreform, hrs. v. Aschaffenburg. — Heidelberg.

Neues Archiv für Kriminalrecht. — Halle.

Reform des Strafrechts. Krit. Besprechung des amtl. Entwurfs eines allgem. deutschen Strafgesetzbuchs. Hrs. v. Aschrott und Kohlrausch. Berlin — Leipzig — 1926.

Strafrechtszeitung, allgem. deutsch., hrs. v. Holtzendorff. — Leipzig.

Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. — Berlin.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. — Berlin und Leipzig.

I.

Geschichtlicher Überblick.

Das römische Recht.

Eine Scheidung der vorsätzlichen Tötungsverbrechen in Mord und Totschlag als schwerere oder leichtere Art der Verbrechen, wie wir sie heute haben, war im römischen Recht unbekannt; sie ist germanischen Ursprungs.

So hat denn auch das älteste, uns bekannte römische Gesetz, das die Tötungen mit einer öffentlichen Strafe bedroht, — es wird dem König Numa beigelegt — für die vorsätzliche Tötung einen einzigen Ausdruck: paricidium = „böse Tötung". [1]) Zwar ist hier bereits ein psychisches Moment in den Begriff hinein gebracht, „sciens". Doch in ihm ein „Ueberlegen" etwa im heutigen Sinne zu erblicken, [2]) muß im Hinblick auf den damaligen Rechtszustand gekünstelt erscheinen [3]). Es wird vielmehr dieses Moment wohl dem heutigen „wissentlich" nahe kommen.

Später, schon vor Sulla [4]) beschränkte man das parricidium auf die vorsätzliche Tötung eines nahen Verwandten.

Grundlegend jedoch für unsere Frage wurde erst die Lex Cornelia de sicariis et veneficis [5]). Ursprünglich nur die Verbrechen der sicarii und venefici umfassend, erweitert sie in der Kaiserzeit ihren Umfang und bezieht jede Handlung, die einen animus occidendi

---

[1]) Mommsen: Römisches Strafr. S. 612, 13.
[2]) So z. B. Osenbrüggen S. 29.
[3]) cf. Allfeld: Entw. S. 9; Schieß: Ueberl. u. Affekt, S. 3.
[4]) Mommsen: S. 644.
[5]) D 48, 8 ad legem corneliam de sicariis et veneficis.

erkennen läßt, mit hinein. Gleichgültig bleibt, ob dieser animus occidendi im Affekt oder mit Ueberlegung gefaßt wurde. Der dolus ist entscheidend, er muß sich nur in irgend einer Form gezeigt haben. Darum werden auch vollendete Tat, Versuch und selbst Vorbereitungshandlungen einander gleichgestellt.

Die Lex Pompeja de parricidiis [1]) wiederum nimmt das Parrizidium, die Tötung von Verwandten, aus dem Begriff als besonderes Verbrechen aus. Und in der späteren Kaiserzeit wirkt die Tötung in der augenblicklichen Aufwallung („impetus“[2]) strafmindernd.

Eine allgemeine Berücksichtigung des Affektes jedoch fehlt noch [3]). Das homicidium wird der Allgemeinbegriff der vorsätzlichen Tötung in der römischen Kaiserzeit. Zu einer ausgesprochenen Differenzierung von Einzeldelikten innerhalb dieser Verbrechen ist das römische Recht noch nicht vorgedrungen.

Germanisches Recht.

Wesentlich anders faßt das deutsche Recht die Tötung. Während die starke staatliche Organisation des römischen Volkes verständlich in der Tötung eine Gefährdung der Gesellschaft sah und sie auch darum strafte, trägt hier bei dem losen Stammesgefüge und der fehlenden staatlichen Ordnung die Tötung einen durchaus privatrechtlichen Charakter. Der Einzelne und seine Sippe werden allein durch das Delikt berührt. Der letzten Pflicht und Recht war es, Blutrache zu üben, oder in späterer Zeit bei erstarkender Staatsgewalt nach dem Umfang der Verletzung und

---

[1]) Marcian in D 48,9 — cf. auch Osenbrüggen Seite 17, Brunnenmeister Tötungsverbr. bes. S. 171 und 176. Hiernach war das Parrizidium ursprünglich Tötung des Geschlechtsgenossen, die durch Gesetz des Numa auf Tötung jedes freien Gemeindemitgliedes ausgedehnt wurde.

[2]) L 1 § 15, D 48,8: „Sed et in eum qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, divus Pius leviorem poenam irrogandam scripsit.“

[3]) cf. Allfeld: Entw. S. 30. — a. M. Mommsen S. 626.

dem Stande des Verletzten — auch das Leben hat einen bestimmten Preis — eine Sühnesumme, Wergeld, anzunehmen [1]).

In naturgemäßer Folge war darum hier nicht so sehr der dolus (wie im römischen Recht) entscheidend, als vielmehr der materiell eingetretene Schaden. Darum war die Haftung bloße Erfolgshaftung.[2])

Im Gegensatz zum römischen Recht differenziert das germanische Recht die Tötungsverbrechen. Mord war die heimliche, feige und hinterlistige Bluttat, Totschlag die Tötung im offenen Kampf. Mord liegt immer dann vor, wenn der Täter den Leichnam verbirgt, oder wenn er die Spuren seiner Tat zu vertilgen sucht.[3]) Aus seinem Bewegen nach der Tat schloss man auf seine Absicht. Ein ethisches Moment, die unedele und gemeine Gesinnung, die in der Heimlichkeit zum Ausdruck kam, schied Mord und Totschlag. Denn diesem fehlte jenes Moment der Heimlichkeit. Offen bekannte sich der Täter zur Tat, oder er hatte „huch geschrieen". Vor dem Verdacht des Mordes schützte er sich, ließ er die Waffe in der Wunde stecken[4]). Darum galt als Totschläger, wer schlechthin einen Menschen getötet hatte. Tötungsabsicht wurde nicht gefordert.[5])

Aber schon im bayerischen und langobardischen Recht läßt sich ein gewisser Fortschritt verzeichnen. Nicht mehr die Heimlichkeit n a c h der Tat, das Verbergen der Leiche, bildet das Mordkriterium, sondern schon die heimlich geschehene Ausführung der Tat. Und nach nordischem Recht mußte sich der Täter, wollte er nicht für einen Mörder gelten, öffentlich zur Tat bekennen.[6])

Das kanonische Recht brachte durchaus ethische Momente.[7])

---

[1]) cf. Allfeld S. 41; Nadig: S. 26 ff.

[2]) Wachenfeld: Überl. S. 6.

[3]) Brunner: Bd. II, 627; Schröder S. 80; Hälschner: System II S. 36 ff; Wilda S. 706.

[4]) Grimm: Deutsche Rechtsaltert. II, S. 181.

[5]) cf. Brunner S. 629, 630.

[6]) J. Grimm: Deutsche Rechtsalt. II, 180.

[7]) cf. Wilda: S. 525 ff; Allfeld § 4; Nadig: S. 29.

Nicht mehr die Verletzung der öffentlichen Ordnung wie im römischen Recht, oder die Beeinträchtigung des Rechts der Sippe und der dadurch entstandene Schaden wie im germanischen Recht sind wesentlich für die Beurteilung, sondern die Tatsache, daß hier ein Menschenleben, ein Abbild des Schöpfers, vernichtet worden ist. Wie im römischen Recht, so liegt auch hier das Schwergewicht der Tat auf dem Momente der Schuld. Jedoch gelangen beide Rechte auf verschiedenen Wegen zu diesem Ergebnis. Während im römischen Recht die Schuld in der Durchbrechung der staatlichen Ordnung ruht, liegt sie hier in der Verletzung des Sittengesetzes der Kirche.

Römische und germanische Elemente verquickte die mittelalterliche italienische Doktrin[1]) und führte so zu einer Differenzierung von Mord und Totschlag im Sinne der deutschrechtlichen Auffassung, die allerdings den römischen Quellen, die sie verwandte, fremd war.

Allmählich dann, nach dem Mainzer Landfrieden (1235) verlor jenes Moment der Heimlichkeit n a c h der Tat mehr und mehr an Bedeutung. Die Heimlichkeit w ä h r e n d der Tat, sie ist es, der sich das Interesse zuwendet. Der Angriff selbst und die während desselben zum Ausbruch kommende schlechte oder verräterische Gesinnung wird Kriterium des Mordes.[2]) Am Ende des Mittelalters jedoch geht jenes Merkmal der Heimlichkeit gänzlich verloren.[3]) Doch bleiben beide Begriffe dem Wortlaut nach bestehen, nur fehlt es an einem prägnanten Unterscheidungsmerkmal.[4]) Immerhin scheint Mord die besonders verächtliche, gemeine Tötung zu sein.

---

[1]) Binding: Grundriß S. 3 ff; Brunnenmeister S. 247 ff.

[2]) cf. Wachenfeld: Überl. S. 7 ff; Allfeld S. 88 ff.

[3]) Es erscheint noch ausnahmsweise in Art. 131 CCC (Kindesmord) als qualifizierendes Moment.

[4]) cf. Brunnenmeister: Quellen S. 92, 133. — a. M. Scheel: Schwarzenberg, S. 204 ff; Bamberger Strafrecht, S. 60 ff.

Da brachte die Constitutio Criminalis Carolina, die peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, ein neues Trennungszeichen. An die Stelle des alten Momentes der Heimlichkeit tritt der Affekt. Art. 137 stellt gegenüber dem „fürsetzlichen, mutwilligen Mörder", der den Tod durch das Rad erleiden soll, den, „der ein Totschlag aus gecheyt und zorn getan", dessen Strafe Tod durch das Schwert ist. „Fürsetzlich" und „mutwillig" freilich bezeichnen nicht etwa, wie früher vielfach angenommen wurde,[1]) soviel wie Vorbedacht; vielmehr ist „fürsetzlich" ebensoviel wie „vorsetzlich" im bayerischen Lantpot.[2])

Nach der Carolina liegt nun Mord dann vor, wenn jemand ohne rechtfertigenden Grund vorsätzlich einen anderen tötet, Totschlag hingegen, wenn die Tötung im Zorn geschieht.[3]) Gleichgültig bleibt für den Tatbestand des Totschlages, ob er vorsätzlich geschah oder nicht; denn „keine Stelle der Carolina gestattet einen Beweis für das Erfordernis des Tötungsvorsatzes beim Totschlag."[4])

Doch die Folgezeit bildete jenes neugewonnene Merkmal des Affektes nicht weiter aus. Man verband nur jene deutschrechtlichen Grundsätze noch inniger mit den römischen, indem man für Mord und Totschlag in gleicher Weise nunmehr den animus occidendi forderte. Um beide Tötungen von einander abzugrenzen, zerlegte man den dolus in einen dolus directus, der geradezu auf Tötung gerichtet ist, und einen dolus indirectus, der nur eine tödliche Verletzung will. Diese Unterscheidung von Mord und Totschlag ging im Ursprung auf eine Maxime Thomas' von Aquino zurück und ist später von Carpsow und Böhmer weitergeführt worden.[5])

Dank des gewaltigen Ansehens blieb diese Ansicht Carpsows für ein Jahrhundert lang herrschend. Da trat Feuerbach in die

---

[1]) cf. Birnbaum S. 249 ff; Hefter § 234; Jarke III, S. 215; Rosshirt S. 301 ff.
[2]) cf. Wachenfeld: Tötungsdel. S. 23, Lehrbuch S. 303; Überl. S. 8; Begriffe S. 1—12; Allfeld S. 101. — a. M. Güterbock CCC. S. 235.
[3]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 20.
[4]) Wachenfeld: a. a. O. S. 18.
[5]) cf. Wachenfeld: a. a. O. S. 23 ff.

Entwicklung ein und gab ihr eine gänzlich neue Richtung. Im Anschluß an den Code pénal von 1791, bezw. an das toskanische Gesetzbuch von 1786,[1]) erhob er die Prämeditation zum Charakteristikum des Mordes. Von der aufwallenden Hitze des Zornes, die zum Tötungsentschluß und zur Ausführung desselben in ihr führt, hingegen macht er den Totschlag abhängig.

Nun bedeutet aber die Prämeditation, der Vorbedacht, ein Nachdenken, demzufolge der verbrecherische Entschluß entsprang. Darum ist Prämeditation ihrem Wesen nach, wie sich auch aus der Vorsilbe „prae" ergibt, ein der Ausführungshandlung voranschreitendes Moment, das seinen Abschluß durch den Entschluß für oder wider die Tat findet. Doch im Widerspruch zu dieser Tatsache verlangte der Code pénal[2]) das Moment des Vorbedachtes auch bei der Ausführungstätigkeit. In richtiger Erkenntnis dieser Diskrepanz schritt Feuerbach zu einer Zweiteilung der Prämeditation[3]) und bestimmte den Mord als die entweder mit Vorbedacht beschlossene oder mit Ueberlegung ausgeführte Tötung.

Prämeditation und Ueberlegung sind darum nach seiner Auffassung zwei identische Begriffe, die nur zeitlich auseinanderfallen.[4]) Während Prämeditation begrenzt bleibt im Zeitpunkt des Entschlusses, ist Zeit der Ausführung allein das Gebiet der Ueberlegung.

Aber schon der preußische Strafgesetzbuch-Entwurf von 1827 ersetzte in Verkennung der Richtigkeit dieser Erwägungen diese Zweiteilung durch ein einziges Moment: den Bedacht, die Ueberlegung, und verlangte, daß dieses Moment sich über die Dauer des ganzen Verbrechens erstreckte.[5])

Das Strafgesetzbuch des Königreichs Sachsen von 1853 dagegen beschränkte wiederum die Ueberlegung auf die Zeit der Ausführung. Ihm ist das Reichsstrafgesetzbuch gefolgt.

---

[1]) cf. Wachenfeld: a. a. O. S. 278.
[2]) cf. Art. 296, 297 Code pénal vgl. unten S. 94.
[3]) cf. Wachenfeld a. a. O. S. 282.
[4]) cf. Wachenfeld: a. a. O. S. 69.
[5]) cf. Wachenfeld a. a. O. S. 150 ff.

II.

Der Begriff der Ueberlegung.

Ehe wir den Begriff der Ueberlegung von der juristischen Seite erörtern werden, wollen wir versuchen klarzulegen, welcher Sinn sich in der Umgangssprache mit dem Worte verbindet.

Das Wort „Ueberlegung“ erscheint seit dem Ende des 17. Jahrhunderts und ist seinem Ursprunge nach nicht klar.[1]) Nach Paul versteht man unter „etwas überlegen: worüber nachdenken“.[1]) Diese Erklärung sagt nichts; denn sie ersetzt ein Wort durch ein anderes.

Wenn man vom bloßen Wortbilde ausgeht, bedeutet „Ueberlegung“ ein „Uebereinanderlegen“ von bestimmten, vorerst noch völlig ungeordneten Gedanken. Zu dieser Tatsache des reinen „Habens“ von irgendwelchen Gedanken tritt als Weiteres das Ordnen, so daß Ueberlegung, wie Heyne[2]) sagt, ein geordnetes Zurechtlegen der Vorstellungsreihen bedeutet.

Während des Ordnens der Gedankenreihen wird nun dieser und jener Gedanke in Fortfall kommen, der Kreis der Vorstellungen wird enger. Während im Anfang noch sub- und koordinierte Gedanken auf das bestimmte Ziel hin vorhanden waren, beschränkt die geistige Funktion des Ordnens die Zahl der in Betracht kommenden Gedanken und läßt nur die koordinierten in Aktion.

Dieser Tätigkeit der gewissermaßen groben Auswahl folgt eine feinere Sichtung: Das Wägen der nunmehr koordinierten Gedanken. Ein bestimmtes Ziel ist gegeben. Aber noch ist der

---

[1]) cf. Paul: Deutsches Wörterbuch.
[2]) cf. Heyne: Deutsches Wörterbuch III.

dahinführende Weg nicht gewählt, man schwankt zwischen der Wahl der einzelnen Vorstellungen, und beginnt, sie auf ihre Eignung, Wert, Richtigkeit usw. zu prüfen, wägt sie gegeneinander ab und übt Kritik an ihnen. Man „prüft alles und wählt das Beste“ und entscheidet sich für das Für oder Wider.

So bedeutet dann also m. E. „Ueberlegung“ in der Sprache des Volkes ein „Erwägen“ bestimmter Gedanken für eine bestimmte Tatsache.[1])

Was aber bedeutet „Ueberlegung“ in der Strafrechtswissenschaft? Jedenfalls bezieht sie sich nicht, wie z.B. Beling, Merkel und Oppenhoff annehmen,[2]) auf den Vorsatz. Der ist bei Mord und Totschlag der gleiche. Und es ist darum abwegig, wenn Beling und Merkel von einem dolus prämeditatus beim Mord als Gegensatz zum dolus repentinus beim Totschlag sprechen. Denn die Ueberlegung ist ein Merkmal des Entschlusses, nicht aber des Vorsatzes.[3]) Auch spezialisiert jene Ansicht tatsächlich den Entschluss, während der Vorsatz der gleiche ist, mag ihm nun ein überlegter oder nicht überlegter Entschluss vorangegangen sein.[4])

Nur der Entschluss erhält durch die Ueberlegung eine geistige Grundlage; denn während der Vorsatz aus einem Wissens- und Wollensmoment besteht,[5]) bezieht sich die Ueberlegung nur auf das letzte. Sie bringt „in einer besonderen Form den Entschluss zur Reife.“[6])

Gewiß wird bei jedem Vorsatz auch etwas von Ueberlegung vorhanden sein,[7]) nötig ist es jedoch nicht. Er kann allein entstehen,

---

[1]) Ebenso Weigand: Deutsches Wörterbuch II.

[2]) cf. Beling S. 62; Merkel: Rechtslexikon, Oppenhoff § 211, Note 11. Allfeld § 25, VI, 2, Hälschner II, 49; Köhler S. 262.

[3]) cf. Binding S. 27; F. v. Liszt S. 316; H. Meyer S. 363; Olshausen § 211, 6.

[4]) cf. Wachenfeld: Lehrb. S. 150.

[5]) cf. Wachenfeld: Überlegung S. 19.

[6]) Wachenfeld: Überlegung S. 19.

[7]) cf. Berner: Lehrbuch S. 487; Heinze S. 230; H. Meyer: Lehrbuch S. 363; v. Kräwel in G. S. 38, 187.

ohne daß ein Moment der Ueberlegung in ihrer spezifischen Form den Vorsatz als solchen tangiert. Eine Forderung aber für den Vorsatz daraus zu machen, würde über die begrifflichen Notwendigkeiten weit hinausgehen.

Der Vorsatz ist darum von der Ueberlegung verschieden;[1]) und ein obwaltender Affekt kann wohl die Ueberlegung ausschalten, braucht aber bei weitem nicht gleichzeitig mit diesem die Anwesenheit des Vorsatzes zu bedingen.[2])

Was aber heißt denn nun Ueberlegung? Das Gesetz selbst sagt darüber nichts, und in der Wissenschaft gehen die Meinungen auseinander. Immerhin kann man unter den Schriftstellern zwei große Gruppen unterscheiden. Während die einen die Richtung der Ueberlegung bestimmen als Reflexion der Motive, fassen die andern sie als Reflexion der Art und Weise der Ausführung.

Die erste Gruppe verlangt zur Ueberlegung, daß der Täter in verständiger Reflexion Gründe für und wider die Tat gegeneinander abgewogen hat. Das Motiv zur Tat muß das Ergebnis eines längeren oder kürzeren Kampfes der die Tat befürwortenden oder ablehnenden Triebe sein.

So definiert Wachenfeld die Ueberlegung dahin, daß sie ist eine „Denktätigkeit, mittels welcher das „Für" und „Wider" der Tötung erwogen wird".[3]) Diese Definition aber ist allgemein richtunggebend geworden.[4])

In engster Anlehnung an Wachenfelds Bestimmung der Ueberlegung — er beruft sich ausdrücklich auf sie — gelangt

---

[1]) cf. van Calker S. 99; Ebermayer S. 636; Gerland S. 357; H. Meyer S. 363; Rubo S. 741.

[2]) cf. § 211 u. 212 StGB, die beide Vorsatz fordern.

[3]) Wachenfeld: Arch. f. Rechtsphil. III, 416.

[4]) cf. Begründung 1909, S. 639: „Unter einer mit Überlegung ausgeführten Tat versteht man **allgemein** eine solche, die sich als das Ergebnis einer auf Abwägung des „Für" und „Wider" gerichteten Verstandestätigkeit darstellt."

Frank und Allfeld zu ganz ähnlicher Definition. Ihnen folgt eine bedeutende Anzahl anderer Schriftsteller.[1])

Diese Vorstellungen des Für und Wider die Tötung können durch mannigfältige Umstände hervorgerufen werden. Was dazu den Anlaß gibt, bleibt unberücksichtigt. Sie können entstehen aus dem Gedanken an Religion, Klugheit, Furcht vor Strafe, rechtliches Gefühl usw.[2])

Doch die Strafe, das rechtliche Gefühl etc. selbst bildet weniger den Gegenstand dieser Ueberlegung, als vielmehr die Quelle aller dieser Vorstellungen, die den Täter zur Tat drängen oder von der Tat entfernen. Ueber allem aber steht der eine Gedanke des Tötens.

Daraus ergibt sich, daß es für den Tötungsgedanken unwesentlich ist, ob nun auch alle diese Gedanken tatsächlich auf den Täter einstürmten, wie auch nicht verlangt werden kann, daß bestimmte Vorstellungen jener Art bei ihm ihre Wirkung versuchten. Und darum wiederum muß es auch unbeachtlich bleiben, ob der Täter zur Tat geschritten ist, nachdem er die Rechtmäßigkeit seiner Handlung in Erwägung gezogen hat oder nicht.[3]) „Eine derartige Erwägung hat mit der Ueberlegung nichts zu tun; denn sie setzt den Gedanken an die Tötung . . . . voraus."[4])

Das ist zu betonen, da einige Schriftsteller, wie z. B. Allfeld und Hälschner[5]) die Einbeziehung dieser Momente in den Begriff der Ueberlegung fordern.

Während die oben erwähnten Schriftsteller das bloße Abwägen des Für und Wider genügen ließen für die Ueberlegung, fordern andere neben diesem die Einbeziehung der Mittel. So be-

---

[1]) Frank § 211, 2; Allfeld S. 331; van Calker S. 99; Binding I, 27, Normen II, 1144; Kohler Leitfaden S. 94; Köhler S. 262; Rüdorff-Stenglein S. 469; Schmidt S. 193; Finger S. 262.

[2]) cf. F. v. Liszt S. 311. Wachenfeld: Tötungsdel. S. 29.

[3]) cf. Olshausen § 211, 6.

[4]) Wachenfeld: Lehrbuch S. 305.

[5]) cf. Allfeld S. 311; Hälschner II, 49; von Holtzendorff S. 429.

zieht F. v. Liszt die Ueberlegung auf die Entscheidung der Doppelfrage: 1. ob; 2. wie gehandelt werden soll.[1])

Diesen allen gegenüber steht eine andere Gruppe von Schriftstellern, die die Ueberlegung nur als eine Reflexion über die Art und Weise der Durchführung des Vorsatzes ansieht. Es kommt nach ihrer Meinung nicht auf die Art der Bildung des Entschlusses an, sondern lediglich auf den Entschluß selbst. Die Planmäßigkeit des Vorgehens und die Auswahl geeigneter Mittel zur Ausführung sind die Kriterien für das Walten der Ueberlegung.

Darum definiert von Holtzendorff den Begriff dahin, daß er sie immer dann annimmt, wenn der Täter „in Gemäßheit eines vorbedachten Planes und durch vorher in Bereitschaft gehaltene Mittel“[2]) die Tat ausgeführt hat, bezw. wenn sich daraus eine Vorbereitung erkennen läßt.

Die Einbeziehung der Mittel aber scheint u. E. unhaltbar; muß doch dadurch die „Ueberlegung“ an Schärfe als Unterscheidungsmerkmal einbüßen. Auch der Totschläger erwägt die Mittel zur Tat, es braucht diese Tatsache nicht allein den Mörder auszuzeichnen. „Auch der Totschläger überlegt, wohin er schlagen und stoßen soll.“[3]) Darum bezieht sich nach Wachenfeld mit Recht die Ueberlegung nur auf die Frage: Töten oder Nichttöten, „keineswegs aber auf die Mittel zur Ausführung der Tat. Wer in der Erregung die abmahnenden Vorstellungen garnicht wahrgenommen und gleichsam überrannt hat, tötet auch dann nicht überlegt, wenn er sich sagt, daß das Messer nichts nützen werde, und zum Revolver

---

[1]) F. v. Liszt: Lehrb. S. 316. — Ed. v. Liszt: vors. Tötung, S. 42; Berner S. 514; Göbel S. 210; Grosch S. 91; Hälschner II, 36, 48; H. Meyer S. 363; Mittermaier in Arch. f. Strafr. II, 301; Olshausen § 211, 6.

[2]) v. Holtzendorff: Hdbuch. S. 427; — Gerland S. 357; Rubo S. 741; Schütze S. 383.

[3]) Wachenfeld: Überlegung S. 16; cf. Binding I, 27; Normen II, 1145; Berner S. 485; Allfeld S. 331, Anm. 9; Mittermaier im Arch. f. Strfr. II, 299; Schwarze S. 476.

greift. Und wer sich in verständiger Reflexion zur Tat entschließt, wird nicht erst dadurch zum Mörder, daß er das „Wie" der Tat überlegt. Es mag zutreffen, daß der zur Tat Entschlossene auch gleich an die Mittel zur Ausführung denkt. Aber begrifflich sind die Ueberlegung in bezug auf die Tat und auf die Mittel auseinander zu halten. Nur die erste begründet die überlegte Tötung im Sinne des Gesetzes."[1])

Wenn aber die Auswahl der Mittel dem Totschläger und dem Mörder gemeinsam ist, dann kann dieses Kriterium nicht in den Begriff der Ueberlegung aufgenommen werden. Dieser soll peinlich und präzis die beiden Dilekte scheiden; ein Kennzeichen des einen Deliktes darf darum nicht im anderen gefunden werden. Das ist umsomehr zu beachten, als die verwirkte Strafe so grundverschieden ist.

Ferner aber ist es auch nach unserer Ansicht über das Wesen der Ueberlegung unmöglich, die Mittel als Gegenstand derselben anzusehen. Zwar werden bei ihrer Auswahl ebenfalls Vorstellungen und Gegenvorstellungen tätig, aber in einer anderen Richtung, als uns erforderlich scheint Nicht die Frage „Soll ich töten oder nicht" wird erwogen, sondern hier entscheidet der Täter nur über das „Wie töte ich? oder, wie Wachenfeld sagt, über die Frage: „Töten oder Anderstöten." Die Vorstellung der Tat und der Tötungswille werden bei dieser Ueberlegung nicht mehr berührt, sie stehen fest.

Darum gehört die Abwägung der Mittel nicht zur Ueberlegung sondern zum Vorsatz.[2])

Unsere Ansicht findet auch ihren Stützpunkt in der Novelle zum RStGB. vom 17. Febr. 1908. Danach ist die Majestätsbeleidigung nur dann strafbar, „wenn sie in der Absicht der Ehrverletzung, böswillig und mit Ueberlegung begangen wird."[3]) Aus

---

[1]) Wachenfeld: Tötung S. 29; cf. Lehrbuch S. 305.
[2]) cf. Frank § 211, 2.
[3]) Reichsges. 08, Seite 25.

dieser Stelle erhellt, daß sich die Ueberlegung nicht auf die Mittel beziehen kann, sondern nur auf die Tat allein.[1])

Ebensowenig wie die Mittel können Zweck und Folgen Gegenstand der Ueberlegung sein, wie z. B. Berner, H. Meyer und Hälschner[2]) verlangen. Dieses Verlangen würde zuerst einmal das Merkmal zu weit ausdehnen. Denn setzten wir auch dieses zur Bedingung, dann müßte — gemäß unserer Ansicht — auch über dieses Moment das Für und Wider die Tat erwogen werden. Wird das unterlassen, kann notgedrungen die Tat nicht mehr als Mord erscheinen, da ein Begriffsmerkmal der Ueberlegung als solcher fehlt.[3])

Weiter werden die Erwägungen über Zweck und Folgen der Tat einmal nach dem Entschluß zur Tat angestellt werden. Dann aber beziehen sie sich nicht mehr auf das „Soll ich töten oder nicht", sondern vielmehr auf die Frage „Töten oder Anderstöten." Wenn jemand entschlossen ist zu töten, wird darauf der Zweck, bezw. die Folgen der Tat ihn nur untergeordnet berühren.

Andererseits können diese Erwägungen mit den Erwägungen über das Für und Wider entstehen. Dann aber sind sie eine Weiterung, die über unsere Forderung hinausgeht. Denn es kommen die entgegenwirkenden Vorstellungen „nur soweit in Betracht, als sie eine Abmahnung der Tat selbst enthalten."[4])

Berner und Allfeld[5]) sagen, die Erwägung der Folgen fällt z. T. mit der Abwägung der Gründe zusammen. Darüber hinaus ist sie nicht wesentlich für den Begriff der Ueberlegung. Es sei zugegeben, daß diese Erwägung zum Teil in dem Abwägen vom Für und Wider enthalten sein kann. Gewöhnlich aber wird die

---

[1]) cf. Wachenfeld: Tötung S. 29, Lehrbuch S. 157; Frank 5—7 Auflage Seite 648.

[2]) Berner S. 514; H. Meyer S. 363; Hälschner II, 36, 48.

[3]) cf. Wachenfeld: Überl. S. 16.

[4]) Wachenfeld: Überl. S. 16.

[5]) cf. Berner S. 514; Allfeld S. 331, Anm. 9.

Erwägung des Zweckes über den Begriff der Ueberlegung hinausgehen. Warum ihn dann in die Ueberlegung einbeziehen?

Häufig ist auch in der Literatur der Affekt als Gegensatz der Ueberlegung bezeichnet worden. Ueberhaupt war in der gemeinrechtlichen Doktrin diese Anschauung durchaus herrschend. So sagt z. B. das Strafgesetzbuch für Bayern von 1813, Art. 51: „Wer ohne Ueberlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zornes“ . . . . tötet, ist wegen Totschlags zu strafen.

Hälschner betont ausdrücklich, daß ein „Handeln ‚nicht mit Ueberlegung‘ nichts anderes ist und sein kann, als ein Handeln im Affekte.“[1]) Und Beling bezeichnet als Totschlag „die nicht mit Ueberlegung (insbesondere also im Affekt) ausgeführte vorsätzliche Tötung,“[2]) ebenso von Lilienthal,[3]) der allerdings später diesen Standpunkt verlassen hat.[4])

Auch Grosch ist wohl hier zu nennen, bestimmt er doch die Ueberlegung nur als eine „ruhige Verstandestätigkeit.“[5])

Die richtige Ansicht aber ist die, daß eine leidenschaftliche Erregung nicht, jedenfalls durchaus nicht in allen Fällen jegliche Ueberlegung ausschließen muß.[6])

Soviel allerdings sei zugegeben, daß Handeln im Affekt und Handeln ohne Ueberlegung in vielen Fällen zusammenfallen wird. Aber mit Recht weist Wachenfeld darauf hin, daß „Mangel an Ueberlegung und Affekt nicht identisch sind.“[7]) Denn beide bilden nicht in derselben Weise den Gegensatz zum Handeln mit Ueberlegung. Das tut nur das Handeln ohne Ueberlegung, nicht hin-

---

[1]) Hälschner II, 35.

[2]) Beling S. 66; ebenso Olshausen S. 825.

[3]) v. Lilienthal: Grundriß S. 60.

[4]) cf. Reform II, 269: „Tatsächlich unrichtig ist auch die beliebte Gegenüberstellung von Mord und Totschlag als Tötung mit Überlegung und Tötung im Affekt!“

[5]) Grosch: StGB S. 91.

[6]) cf. Löffler in Gleispach: Der deutsche StGB-Entwurf Seite 142.

[7]) Wachenfeld in Holtzendorff-Kohler II, S. 294; cf. Rittler in oesterr. Gerichtszeitung S. 74.

gegen der Affekt. „Affekt und Ueberlegung sind heterogene Begriffe. Jener ist das Produkt des Willensvermögens, während die Ueberlegung der anderen Grundkraft der Seele, dem Denkvermögen, angehört. Es besteht sonach als einziger Gegensatz zum Handeln mit Ueberlegung das Handeln ohne Ueberlegung.“[1])

Darum kann man weder aus der Abwesenheit des Affektes das Vorhandensein der Ueberlegung, noch aus dem Dasein des Affektes das Fehlen derselben schließen. „Auch in der Hitze des Zornes ist eine Ueberlegung möglich, und der abgestumpfte Verbrecher, der beim Hinschlachten seines Opfers keine abmahnenden Vorstellungen mehr kennt, handelt ohne Ueberlegung.“[2]) Diese „verständige Reflexion wird . . . meist bei ruhigem Blute vorgenommen, ist aber bei leidenschaftlicher Aufwallung nicht schlechthin ausgeschlossen.“[3])

Diese Anschauung aber herrscht durchaus. So betont Allfeld, daß von Ueberlegung „nur bei ruhiger Abwägung der Umstände die Rede sein kann, was übrigens nicht so zu verstehen ist, als ob jeder noch so geringe Grad von Gemütserregung die Ueberlegung ausschlösse.“[4]) Und nach Binding setzt Ueberlegung „die Fähigkeit ungetrübter Verstandesfunktion voraus, deshalb die Abwesenheit zwar nicht jeder Gemütserregung, aber jeder solchen, deren Heftigkeit die Fähigkeit zur Abwägung beeinträchtigt. Nur eine solche heißt im Sinne der Tötungslehre ein Affekt.“[5])

Auch Mittermaier ist der gleichen Ansicht, da „es Menschen gibt, bei denen selbst durch den Affekt das geistige Leben gesteigert wird.“[6]) Ebenso erkennt F. v. Liszt an, daß trotz Gemütserregung und trotz kalten Blutes Ueberlegung vorhanden sein kann.[7])

---

[1]) Wachenfeld: Überl. S. 21.

[2]) Wachenfeld: Lehrbuch S. 305.

[3]) Wachenfeld: Tötung S. 29; cf. Ed. v. Liszt: Tötung S. 61 und Vorlesung S. 146.

[4]) Schwarze: S. 474, auch G. S. 1868, S. 139; Allfeld S. 331.

[5]) Binding: Lehrbuch I, S. 27.

[6]) Mittermaier: Arch. h. f. Strafr. II, 300.

[7]) F. v. Liszt: V.D. 5, S. 65; Gerland S. 357; Schwartz S. 477: Thomsen: Strafrecht S. 328.

Ueberlegung und Affekt sind also begrifflich keine Gegensätze. Nicht darauf kommt es an, daß ein Affekt obwaltete, sondern nur darauf, ob dieser derart den Befallenen beherrschte, daß er die abmahnenden Stimmen und die entgegenwirkenden Vorstellungen nicht wahrgenommen hat. Nur bei einer derartigen Stärke der Erregung ist die Anwendung des Mordparagraphen ausgeschlossen.[1])

Dabei ist es durchaus gleichgültig, wodurch diese hochgradige Erregung entstand, ob sie ihren Grund nun in einem Momente der Außenwelt oder in der dem Täter eigentümlichen Veranlagung hat.

Ein ruhiger und besonnener Mensch wird auch bei schwerer Kränkung überlegen, wie er sich wehrt, und seine Tat wird immer — falls er tötet — als Mord behandelt. Nicht wird nach der Größe der äußeren Veranlassung gefragt und sie ihm zur Entschuldigung gerechnet. War die Tötung überlegt ausgeführt, ist sie eben Mord.

Ein anderer dagegen, leicht erregbar und hitzig, der sofort zur Tat schreitet, dem in der Erregung keine abmahnenden Vorstellungen vorschwebten, kann nie als Mörder bestraft werden. Und doch kann seine Tat viel weniger aus den äußeren Umständen heraus geboren sein, als sie vielmehr der Ausbruch einer schlechten Leidenschaft und der geringen Beherrschungskraft sein kann.

Andererseits läßt es sich denken, daß ein leicht aufbrausender Mensch in der Erregung volle Ueberlegung bewahrt, während ein anderer Verbrecher, völlig abgestumpft und keine abmahnenden Stimmen mehr kennend, sein Opfer ohne jegliches Nachdenken und Ueberlegen tierisch abschlachtet. Hier wäre der erste Täter

---

[1]) Insofern wäre die R. G. E. 42 schon eher haltbar, als sie nämlich der Überlegung den Affekt, der sich darstellt als die Beherrschung des Täters, die ein „folgerichtiges" Abwägen der Gründe ausschließt, gegenüberstellt. Aber immerhin, warum Überlegung und Affekt gegeneinander setzen? Warum „folgerichtiges" Abwägen? Kommt es denn tatsächlich auf die Konsequenz hierbei an? Sollte nicht überhaupt die Tatsache des Abwägens genügen?

als Mörder zu strafen, weil er die Tat trotz der Erregung überlegt ausgeführt hat; die zweite Tötung dagegen kann nach dem Gesetz nie als Mord geahndet werden, da sie der Ueberlegtheit ermangelt. Welches Resultat!

III.

Zeitpunkt der Ueberlegung.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 211) ist der Tatbestand des Mordes dann gegeben, „wenn die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt ist.“ Darum ist auch hier die Gleichsetzung von Ueberlegung und Vorbedacht[1]) abzulehnen. Allerdings ist der Begriff der Ueberlegung dem früheren Strafgesetzbuch von Preußen entnommen, dem wiederum die Prämeditation des gemeinen Rechtes entspricht. Doch ist in das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten die Ueberlegung im bewußten Gegensatz hierzu aufgenommen worden. „Es muß“, wie Beseler sagt, „für einen Forschritt angesehen werden, daß statt des Ausdrucks Vorbedacht, der Ausdruck: überlegter Vorsatz gebraucht worden ist.“[2])

Vorbedacht und Ueberlegung aber untscheiden sich darum, weil mit dem Begriff „mit Vorbedacht“ die Tatsache verbunden ist, daß „immer ein längerer Zwischenraum zwischen dem Entschlusse und der Ausführung gelegen haben muß.“[3]) Vorbedacht bedeutet ein Vorherbedenken der ganzen Tat, braucht jedoch nicht ein Abwägen von Gründen und Gegengründen zu enthalten.

Die Ueberlegung ist das innerliche Moment, als dessen Folge der Entschluß anzusehen ist, während durch „Vorbedacht“

---

[1]) cf. F. v. Litszt: V. D. 5,60; Oppenhoff S. 508 „Überlegung (praemeditatio, Vorbedacht)“.

[2]) Beseler: Komm. Seite 345.

[3]) Goltdammer: Materialien II, 369. cf. Beseler Seite 345.

mehr das zeitliche Moment des längeren Vorbedenkens[1]) unterstrichen wird.[2])

Im Zeitpunkt des Entschlusses aber wird erst die Vorstellung der Tötung und festigt sich zum Vorhaben.[3]) Demgegenüber steht der Zeitpunkt der Ausführungshandlung. Diese aber hat keinen Konnex mit dem Entschluß als solchen. Die Bildung des Entschlusses, die Tätigkeit des Verstandes, die den Entschluß entstehen läßt, „muß also bei der Ausführungshandlung vor sich gehen",[4]) wenn von einer Ausführung der Tat mit Ueberlegung die Rede sein soll. Sie muß, wie Wachenfeld betont, „in die Zeit fallen zwischen dem Beginn des Verbrechens und dem Abschluß der verbrecherischen Tätigkeit."[5])

Dagegen sagt Oppenhoff: „Die Ueberlegung braucht nicht noch im Augenblick der Ausführung und während derselben fortzudauern."[6]) Diese Ansicht scheint nach unserer Auffassung unhaltbar. Sie findet sich auch im Gegensatz zu den Motiven[7]) und zu der allgemein herrschenden Meinung.[8])

In Uebereinstimmung mit dieser geht das R. G. (Bd. 42, 261) davon aus, daß für die Annahme des Tatbestandes des Mordes allein das Vorhandensein der Ueberlegung bei der Ausführung der Tat entscheidend ist. Und es folgert sehr richtig, daß die Tötung, die im Affekt[9]) ausgeführt ist, immer nach dem Gesetz von der Bestrafung wegen Mordes ausgeschlossen ist, und zwar

---

[1]) cf. Gegenentw. zum Vorentw. Seite 247.

[2]) cf. Wachenfeld: Überl. S. 19; E. v. Liszt: Material Seite 147.

[3]) cf. Wachenfeld; Überl. S. 23.

[4]) Wachenfeld: a. a. O. Seite 27.

[5]) Wachenfeld: Lehrbuch, S. 305, Anm. 6.

[6]) Oppenhoff: § 211, 3; cf. F. v. Liszt S. 316, Anm. 2. Hälschner II, 52, Anm. 1.

[7]) cf. Motive Seite 109.

[8]) cf. Allfeld: S. 332; Beling S. 66; Binding I, 27; Berner S. 484; Ebermayer S. 636; van Calker S. 99; Frank § 211, I, 2; v. Holtzendorff III, 427; v. Lilienthal S. 60; Ed. v. Liszt: Tötg. S. 43; Merkel S. 306; H. Meyer S. 364; Rubo S. 747; Schwarze S. 474; Schwartz § 211, 6.

[9]) Besser wäre vielleicht; „nicht mit Überlegung, namentlich im Affekt".

selbst dann, wenn die Tötung mit Ueberlegung beschlossen war. Dahin aber geht auch die herrschende Meinung.[1])

F. v. Liszt allerdings will in diesen Fällen, wo also die Tat im Affekt beschlossen, aber ohne Affekt oder besser mit Ueberlegung ausgeführt wurde oder umgekehrt, einen neuen Entschluß finden. „Denn in beiden Fällen ist die Ausführung des früheren Entschlusses unterblieben, und die Tötung beruht auf einem neuen Entschlusse.“[2]) Aber beruht denn tasächlich die Tötung auf einem neuen Entschlusse? Wir glauben nicht. Der Entschluß zu töten ist durchaus bestehen geblieben;[3]) man kann hier — mit Wachenfeld[4]) — von einer Qualifikation des Entschlusses sprechen. Denn gerade durch den Gedanken an die Ausführung der Tötung sind erst diese neuen Vorstellungen hervorgerufen worden.

Wir sagten, die Ueberlegung muß während der Ausführungshandlung vorhanden sein. Ist es aber erforderlich, daß sie während der ganzen Ausführungshandlung waltet? Und wenn nicht, was muß dann zum mindesten von ihr begleitet sein, damit man die ganze Tat als überlegt ausgeführt bezeichnen kann?

Rüdorff-Stenglein ist der Ansicht, „es muß genügen, daß diejenigen Handlungen, welche im Hinblick auf die Vollendung als Versuchungshandlungen, d. h. als Anfang der Ausführung erscheinen, mit Ueberlegung vorgenommen sind, einerlei, ob z. B. der letzte, entscheidende Todesstreich im Affekt vorgenommen ist.“[5])

Berner wiederum verlangt, daß die Ausführung von Ueberlegung getragen sei, und daß sie im überlegten Vorsatz ihren Ursprung hat.[6])

---

[1]) cf. Berner S. 484: Bindung I, 27; Frank 211, I, 2; Gerland S. 357; von Holtzendorff Hdbch. III, 428; Olshausen § 211, 5; Rüdorff-Stenglein § 211, 1; Schütze S. 383; Wachenfeld in Holtz.-Kohler II, 294, v. Wächter S. 325.

[2]) F. v. Liszt: Lehrb. S. 316.

[3]) cf. Ed. v. Liszt: Tötg. S. 53.

[4]) Wachenfeld: Ueberl. S. 28.

[5]) Rüdorff-Stenglein S. 468; cf. Hälschner: System II, S. 92, Goltd. Arch. II, S. 358; Schütze S. 383; v. Wächter S. 325.

[6]) Berner S. 484.

Olshausen dagegen macht eine materielle Scheidung zwischen den wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen der Ausführungstätigkeit. „Die Ueberlegung müßte die Ausführung der Tat in ihren wesentlichen Bestandteilen beherrschen.“[1])

Diese Ansicht aber scheint uns der Billigung wert. „Denn wie nur die Summe der wesentlichen Momente der Ausführungshandlung den Begriff der Ausführung darstellt, so ist auch nur während dieser Momente Ueberlegung erforderlich.“[2])

Außerdem glauben wir, daß das Maß der waltenden Ueberlegung, je nach den Umständen der Tat, wie auch nach der psychischen Struktur des Täters sehr verschieden sein kann. Denn letzten Endes ist wohl anzuerkennen, daß jeder Mörder im Laufe der Tötung in eine gewisse Aufregung geraten wird,[3]) die in äußeren Erscheinungen wie Blutrausch, Todeskampf des Opfers oder auch Kampf mit diesem, wenn der erste Schlag oder Stich nicht sofort den Tod herbeiführt, ihren Grund findet. In dieser Aufregung wird dieses oder jenes Moment, besonders bei einer sehr weit ausgedehnten Ueberlegung fallen gelassen werden, ohne daß aber dabei das Wesentliche beeinträchtigt wird. Geht auch dieses in der Aufregung unter, dann allerdings ist für die Bestrafung aus § 211 kein Raum. Solange aber die wesentlichen Momente trotz Einbuße anderer fortbestehen, muß die Tat als Mord angesehen werden.[4])

---

[1]) Olshausen S. 821; cf. Allfeld S. 332; v. Holtzendorff: Hdbch. S. 428; H. Meyer S. 364, Anm. 9; Schwartz § 211, S. 6; RGM 5, S. 270.

[2]) Wachenfeld: Ueberl. S. 30.

[3]) cf. Berner S. 4/485; v. Holtzendorff S. 428; Schwarze S. 474.

[4]) cf. Kohler S. 94.

IV.

Die Ueberlegung als Trennungsmerkmal von Mord und Totschlag.

Mord und Totschlag werden also durch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Ueberlegung bei der Tat geschieden. Welchen Charakter das Merkmal hat, ist vielfach von der Literatur dargelegt; doch weichen die Meinungen verschiedentlich weit voneinander ab.

So sehen einige Schriftsteller in ihr ein negatives Moment, dessen Abwesenheit einen Strafmilderungsgrund bildet. So z. B. Merkel: „Handelt es sich doch bei der ganzen Unterscheidung von Mord und Totschlag nur um das Vorliegen oder Nichtvorliegen des im Affekte gegebenen Milderungsgrundes. Es ist aber unzweifelhaft abnorm, die Abwesenheit eines bestimmten, die Schuld mindernden Umstandes zu einem positiven Speziesmerkmal zu machen.“[1])

Diese Anschauung geht aber u. E. fehl. Denn sie muß dazu führen, daß das Vorliegen der Ausführung ohne Ueberlegung jedesmal bewiesen, und daß bei einem mißglückten Beweis auf Mord erkannt werden müßte!

Dagegen steht aber der überwiegende Teil der Schriftsteller und auch die Praxis.[2]) So betont Oppenhoff-Delius, „daß es bei einer Anklage wegen Totschlages der Festellung der Negative: ‚daß die die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt sei‘ nicht

---

[1]) Merkel in Holtzend. Rechtslex. S. 138 und im Lehrbuch S. 306; v. Wächter, Strf. S. 324.

[2]) RGSt 31, 332.

bedarf."[1]) Ebenso Rüdorff-Stenglein[2]) mit fast gleichen Worten, Olshausen[3]) und Frank: „Der Mangel der Ueberlegung braucht . . . . nicht bewiesen zu werden."[4])

Die Ueberlegung vielmehr bedarf eines Beweises[5]), und wenn sie nicht nachgewiesen werden kann, muß die Tötung als nicht mit Ueberlegung ausgeführt gelten.[6]) Sie, die Ueberlegung, ist nicht eine Negation eines Strafminderungsgrundes, sondern „ein positives erschwerendes Moment, ein Strafschärfungsgrund."[7]) Das ist herrschende Ansicht[8]) und auch die der Praxis.[9])

Für diese Annahme spricht allein schon der Wortlaut des § 211, wie auch die Bedeutung der Strafe. Weiterhin ist zu bedenken: nur bei der Feststellung der Ueberlegung ist die Annahme des Mordes möglich. Wenn nun ebenso die Annahme des Totschlages angängig ist, falls die „Nichtüberlegung" festgestellt wurde, dann müßte in den Fällen, wo weder das eine positive, noch das andere negative Merkmal nachzuweisen ist, der Täter mangels einer besonderen Gesetzesbestimmung straffrei ausgehen.[10])

Sehr mit Recht sagt Ed. v. Liszt hierzu: „Gewiß wird es auch keinem Schwurgerichte der Welt einfallen, den Täter freizusprechen, weil sich nicht feststellen läßt, ob er sein Opfer mit oder ohne Ueberlegung umgebracht hat. Ist festgestellt, daß er einen Menschen vorsätzlich getötet hat, so muß — sofern kein

---

[1]) Oppenhoff-Delius § 212, 3.

[2]) Rüdorff-Stenglein § 212, 2.

[3]) Olshausen § 212, 1; Ebermayer § 212, 1; Rubo S. 748; Grosch S. 92; Berner S. 482,

[4]) Frank § 212, 1.

[5]) cf. Berner S. 482.

[6]) cf. Berner S. 482; Holtzendorff S. 429; Olshausen § 212, 1; Rubo Seite 748.

[7]) Wachenfeld: Überl. S. 31.

[8]) cf. Beling: Lehre v. Verbrechen S. 444; Olshausen § 211, 11; Rubo S. 748; Schwarze S. 474, Anm.

[9]) cf. RGSt. 9, 401; 31, 332.

[10]) cf. Wachenfeld: Überl. S. 30; Katzenstein in Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 24, S. 513.

Schuldausschließungsgrund vorliegt — Verurteilung erfolgen. Ist das Vorhandensein der Ueberlegung bei der Tötung nicht nachweisbar, dann heißt es eben ‚in dubio mitius', und es darf nur eine Verurteilung wegen Totschlags erfolgen."[1])

Wir sehen, welche vielfachen Schwierigkeiten der Begriff der Ueberlegung bereitet. Darum hat sich auch die gesamte Literatur gegen die Beibehaltung des Merkmales ausgesprochen.[2])

---

[1]) Ed. v. Liszt: Tötung S. 39; cf. Schwarze Seite 474.

[2]) cf. Allfeld: Lehrbuch S. 331; Aschaffenburg in Monatsschrift f. Krim. Psych. Bd. 9, S. 657; von Bar: Gesetz und Schuld S. 434; Berner: Lehrbuch S. 487; Bindung I, 27; van Calker: S. 250; Ebermayer in Dtsch. Jur. Ztg. 1911, 1041; Hälschner: Das gem. deutsche Strafrecht Bd. II, S. 48; Heinze: Erörterung S. 230; Henke: Hdb. II, 48, 49; von Holtzendorff: Verbrechen S. 257; John in Strafr. Ztg. 1866, S. 387; Kahl S 223; von Lilienthal in Reform II, S. 267; E. v. Liszt: Tötung S. 42; F. v. Liszt: V. D. 5, 68; Löffler S. 142; Mittermayer S. 299; Rittler in oesterr. Ger. Ztg. S. 5; Schmidt S. 193; Schwarze in G. S. 1868, S. 139; Wachenfeld: Tötung S. 34; Wach: V. D. allgem. Tl. VI, 3.

V.

Der Begriff der Überlegung in der Praxis.

Die Ueberlegung ist ein psychologischer Vorgang, der sich im Innern des Verbrechers abspielt und nach außen nicht in die Erscheinung zu treten braucht. Er ist darum in der Mehrzahl der Fälle der Wahrnehmung durch die Außenwelt entzogen.[1]) Das Erkennen aber eines psychologischen Verhaltens des Verbrechers muß der Natur der Sache nach dem Richter recht bedeutende Schwierigkeiten bereiten. Um so drückender muß der Richter diese Tatsache empfinden, als ihm das Gesetz keine brauchbare Begriffsbestimmung an die Hand gegeben hat. Legt der Verbrecher kein Geständnis ab, so bleibt nur der Schluß aus dem durch die Beweisaufnahme klar gelegten Beweismaterial.

Es sei zugegeben, daß die Art der Ausführung, das Mittel zur Tötung, der Zweck der Tat, das Verhältnis des Täters zum Opfer diesen Schluß auf das Innere des Täters unterstützen. Aber zu einem klaren Beweis reichen sie nicht aus. Sie können im Einzelfalle so unendlich verschieden sein, daß es gänzlich verfehlt wäre, irgendeine bestimmte Präsumtion oder Systematisierung für sie aufzustellen. Bei den vielfachen Erscheinungen des Lebens können sie sowohl für Ueberlegung sprechen, als auch gegen ihr Dasein.[2])

Weder das Verhalten des Täters vor seiner Tat, wie z. B. Auflauern mit Waffen, Verabredung der Ausführung usw., noch sein Verhalten nach der Tat kann einen unerschütterlichen Anhalts-

---

[1]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 291; Ed. v. Liszt: Tötung S. 63; Opitz S. 36 ff.

[2]) cf. Berner: S. 484; v. Holtzendorff III, 429; Schwarze S. 475; John in Strfr. Ztg. 66, 488; Wachenfeld; Ueberl. S. 33.

punkt für das Dasein bezw. Fehlen der Ueberlegung während der Tat bieten.[1]) Ob er Reue zeigt, ob er leugnet, es sagt uns über seine Gemütsbeschaffeit bei der Tötung so wenig Sicheres, wie es Zweck und Motive tun.

Ebensowenig bietet uns die Zeitdauer eine feste Handhabe. Denn wie eine kurze Ueberlegung eine hinreichend eingehende sein kann,[2]) so kann auch ein plötzlich gefaßter Entschluß, dem eine rasche Ausführung folgt, durchaus von Ueberlegung getragen sein.[3]) Die Zeit zwischen Entschluß und Ausführung kann darum kein brauchbares Moment abgeben. Regelmäßig zwar wird die Erregung nur vorübergehender Natur sein; darum wird beim Totschlag jenes Moment näher bei diesem liegen und beim Mord weiter von ihm abrücken. Ein sicheres Beweismittel aber ist die Zeitspanne nicht.[4])

Mag zugegeben bleiben, daß alle diese Momente Fingerzeige für den Weg der Erkenntnis sein, so darf aber nicht übersehen werden, daß sie da versagen müssen, wo die widerstrebenden Triebkräfte der Seele des Täters sich kreuzen. Von hier aus aber mit Sicherheit — soweit eine Sicherheit hier überhanpt möglich ist — auf das Innerste zu schließen, hat zur Voraussetzung eine so gute und klare Schulung der verbrecherischen Psyche und überhaupt eine tiefgehende Kenntnis der Psychologie und Psychiatrie, die bei dem Aufbau der heutigen Gerichte der Gesetzgeber nur mit Einschränkungen vom Berufsrichter verlangen kann, die aber bei den Laienrichtern zu fordern, ein Ding der Unmöglichkeit ist.

---

[1]) cf. v. Holtzendorff III, 430. Anm. 10; Wachenfeld: a. a. O. 34.

[2]) cf. Allfeld: S. 331.

[3]) cf. v. Wächter S. 324; Berner S. 483; Hälschner II, 51; Olshausen § 211, 6.

[4]) cf. Allfeld S. 368; Hälschner II, 51; Merkel in Holtzend. Rechtslexikon II, 138; H. Meyer: Lehrbuch S. 363; Olshausen § 211,6 Oppenhoff § 211, 12; Schütze S. 383; Schwarze in G. S. 1859, S. 349, u. 1861, S. 462; Wacheneld: Begriffe S. 295; v. Wächter S. 324.

Außerdem ist die Ueberlegung ein Vorgang, der sich autochthon, völlig unabhängig von äußeren Umständen, abwickeln kann. Je besser eine Sache überlegt ist, um so plötzlicher wird die überlegte Handlung geschehen. Wahrnehmbare Spuren in Vorbereitungshandlungen werden nur dort anzutreffen sein, wo die Ueberlegung nicht so sorgsam und vollständig gewaltet hat.

Daraus folgt aber, daß die Schuld um so größer ist, je besser die Ueberlegung war. Und doch ist die Wahrscheinlichkeit des Eintretens der härteren Strafe gering. Dagegen ist die Schuld um so geringer, je weniger intensiv die Ueberlegung war. Aber um so wahrscheinlicher das Eintreten der schwereren Strafe.[1])

Wo also bleibt da die Möglichkeit eines sicheren Schlusses aus den Begleitumständen? Die Indizien, die die Beweisaufnahme zu Tage fördert, reichen nicht aus für eine einwandfreie Erfassung der wirklich aufgewendeten psychischen Tätigkeit. Sie sind um so ungeeigneter, je mehr und je besser die Tat überlegt war.

Hinter äußerer Ruhe kann heftige Leidenschaft sich verborgen halten, und ein starker Affekt kann erheuchelt sein. Was diesem Richter für einen sicheren Beweis des Waltens der Ueberlegung gilt, das braucht noch längst nicht für jenen Gleiches zu bedeuten. Ja, es kann nach seiner Ansicht für die Ueberlegung völlig irrelevant sein. Denn a priori wird zunächst einmal ein jeder seine eigene psychologische Struktur als Maßstab anlegen.

Weiter sahen wir, wie schwierig es ist, den Begriff der Ueberlegung einwandfrei zu erfassen. Es ist darum nicht mehr als verständlich, daß schier unmöglich ist, die Geschworenen im Gericht, Nichtjuristen, die sich mit dieser Materie wahrscheinlich noch nie beschäftigt haben, über das Wesen der Ueberlegung zu unterrichten.

F. v. Liszt bemerkt hierzu, daß es dem Vorsitzenden eines Schwurgerichtes nur in den seltensten Fällen gelingen wird, selbst bei noch so vorsichtiger Auslegung des Begriffes, mit seinen Aus-

[1]) cf. John: Strafrechtszeitung 1866, S. 339.

führungen den Beifall der anderen Rechtskundigen zu erringen. Immer werden sich Widersprüche erheben. Und selbst nach stattgefundener Beratung geben die Geschworenen ihren Spruch ab, der vielfach auf Erwägungen beruht, „die außerhalb jeder denkbaren Auslegung des Begriffes Ueberlegung stehen.“[1]) Daraus erklärt es sich dann, daß die Richterbank in vielen Fällen auf das höchstzulässige Maß der Strafe wegen Totschlags erkennt, wenn sie nämlich der Ansicht ist, daß die Geschworenen zu Unrecht die Ueberlegung und damit den Mord verneint haben.

Diese Neigung zur Milde ist ja wiederum verständlich, wenn man bedenkt, daß bei der Fällung des Spruches durch die Geschworenen die größte Strafe des Gesetzes, die Todesstrafe, im Hintergrunde steht. An sich werden die Geschworenen schon dem Begriff der Ueberlegung skeptisch gegenüberstehen, ihn vielleicht gar nicht in allen Einzelheiten erfaßt haben, und sie werden darum bei den geringsten Zweifeln stark dazu neigen, die Gegenwart der Ueberlegung zu verneinen, anstatt durch ihre Bejahung möglicherweise irrtümlich bei einem Todesurteil mitzuwirken.[2])

Schmidt[3]) behauptet von der Zeit bis zum Frühjahr 1924 (wo also die Urteilsbildung in der Hand der Geschworenen lag), daß sich die Urteilsprüche oft im Widerspruch zum Gesetz befanden. Er erklärt das einmal auch daraus, daß die Belehrung der Geschworenen äußerst schwierig ist, und auf der anderen Seite setzten sich die Geschworenen auch bewußt in Gegensatz zum Gesetz. In Fällen, in denen zweifellos Ueberlegung vorlag, verneinten sie die Gegenwart derselben, wenn nämlich dem Täter keine bösartigen Motive weiter nachgewiesen werden konnten. Darum wurde die Mordfrage verneint und der Totschlag bejaht, um damit die Todesstrafe zu vermeiden.

Dagegen erkannten sie stets auf Mord, sobald dem Verbrecher z. B. Grausamkeit bei der Tat nachgewiesen werden konnte oder

[1]) F. v. Liszt: V. D. 5. 69.
[2]) cf. Wachenfeld: Lehrbuch S. 222.
[3]) cf. Schmidt: Grundriß S. 193. v. Kräwel in G. S. Bd. 38, S. 177 ff.

seine Handlung gemeinen Motiven wie der Habsucht oder dergl. entsprungen war. Diese Methode wurde selbst dann verfolgt, wenn der Beweis der Ueberlegung nur lückenhaft gelungen war.[1])

Dies aber zeugt von einer bedauerlichen Verschiebung der kriminalistischen Perspektive, die ihre Erklärung nur in der unglücklichen Begriffsbestimmung des Mordes durch die Ueberlegung findet. Immerhin eine Tatsache, die im Hinblick auf die Rechtssicherheit und das Volksempfinden für sie außerordentlich zu beklagen ist.

Denken wir weiter an folgenden Fall. Ein Mensch, der wenig versteht seine Worte zu wägen und auf sie zu achten, wie wir das gerade bei den unteren Volksschichten antreffen, wird nur allzu leicht einem Feinde gegenüber Drohungen schwerster Art, Bedrohungen mit dem Tode vielleicht gar, ausstoßen. Fügt es nun einmal der Zufall, — und wie oft spielt der Zufall eine große Rolle in unserem Leben! — daß ein solcher Mensch kurz danach in einer plötzlichen Erregung über ein Schimpfwort oder dergl. an seinem Feinde zum Totschläger wird, wie nahe liegt es dann, besonders wenn noch Zeugen jenes leichtfertigen Wortes vorhanden sind, auch hier eine überlegte Tat anzunehmen. Und doch hat er nur in einer starken Gemütsbewegung gehandelt. Umgekehrt kann der gemeine Verbrecher, der seine Tat bis ins Kleinste durchdacht und vorbereitet hat, sich schlau davor hüten, irgendein Zeichen seiner Absicht der Außenwelt kundzutun. Wie schwer wird es dann sein, ihm die überlegte Tötung nachzuweisen!

Schon von Holtzendorff wies an Hand von Statistiken nach, daß dank der Ueberlegung ein überaus großer Prozentsatz

---

[1]) cf. Ebermayer in Dtsche. Jur. Ztg. 1911, S. 1041; „In diesen Sprüchen kommt der richtige Gedanke zum Durchbruch, daß die Fälle der mit Ueberlegung ausgeführten Tötung keineswegs notwendig die schwersten Fälle vorsätzlicher Tötung bilden, und daß der Begriff der Ausführung mit Ueberlegung als unterscheidendes Merkmal zwischen Mord und Totschlag nicht verwendet werden kann."

von Freisprechungen in den Mordanklagen der Staatsanwaltschaft (zu Gunsten des Totschlags) zu verzeichnen ist. Die Frage, wer gegenüber dem Gesetz Unrecht hat, will er offen lassen, „unzweifelhaft aber ist es ein gewaltiger Mißstand, wenn bei den schwersten Verbrechen ein so ungeheurer Abstand der Rechtsüberzeugungen vor der Welt dargelegt wird.“[1])

Aber noch ist nichts geändert, und darum hat noch heute das alte Wort John s[2]) Bestand: „Wer wegen Mordes angeklagt wird, hat von vornherein eine nicht geringe Chance, statt wegen Mordes, nur wegen Totschlag verurteilt zu werden.“

---

[1]) v. Holtzendorff: Psychologie S. 46
[2]) John in Goltdammers Arch. Bd. 25, S. 400.

VI.

Die Bestimmung des Entwurfes hinsichtlich Mord und Totschlag.

Mord und Totschlag stellt auch der Entwurf an die Spitze und trägt damit der Eigenart des Deutschen Rechtes, die tief im Volksrechtsbewußtsein wurzelt, Rechnung[1]). Er definiert im § 221 den Mord: „Wer einen anderen tötet" und Totschlag im § 222: „Wer sich durch Jähzorn oder entschuldbare heftige Gemütsbewegung zur Tötung eines anderen hinreißen läßt."

Hier kennzeichnet den Mord nur der Tötungsvorsatz, während mildere Beurteilung nur der Tötung im Jähzorn oder in einer heftigen, entschuldbaren Gemütsbewegung zuteil wird.

Bei dieser Art der Unterscheidung von Mord und Totschlag wird der Täter alles versuchen, um seine Tat als im Jähzorn oder der bestimmten Gemütsbewegung darzustellen; hat er doch selbst das größte Interesse daran, sich zu entlasten. Er wird darum suchen, alle Einzelheiten der Tat zu rekonstruieren, um das Gericht von der herrschenden Bewegung seines Gemütes zu überzeugen. Gelingt ihm der Beweis nicht, dann bleibt eben nur die Verurteilung wegen Mordes offen. Um wie viel einfacher und durchsichtiger muß hier jede Verhandlung werden. Es ist nicht mehr nötig, dem Täter eine Verstandestätigkeit nachzuweisen, die nachzuweisen schon von vornherein in den meisten Fällen ein aussichtsloses Unterfangen bedeutet.

Die Ansicht Allfelds über die Güte der peinlichen Gerichtsordnung ist hierauf zu übertragen. Er meint, daß der damalige

[1]) cf. Wachenfeld: Arch. für Strafr. Bd. 70, S. 225. — cf. unten S. 51 ff.

Richter selten ein falsches Urteil über die geschehene Tat fällte, solange bis das Moment der Ueberlegung in die Begriffsbestimmung eingefügt wurde. „Nicht sonderlich schwer war es für ihn zu begründen, ob den Täter eine Veranlanlassung zum Handeln trieb, oder ob eine solche fehlte. Dieses mehr äußere, greifbare Moment ließ sich aus den Umständen entnehmen, der Täter mußte es ja beweisen; den Mangel der Ueberlegung wird dieser kaum zu erweisen, der Richter kaum zu erkennen vermögen."[1])

Mord also ist die gemeine vorsätzliche Tötung. Gemildert wird die Tat nur, wenn sie im Jähzorn oder in einer heftigen, entschuldbaren Gemütsbewegung geschah. (§ 222).

Doch § 222 ist nicht ganz klar. Zwar ist es wohl verständlich, daß er dem Jähzorn kein Priveleg einräumen will, doch bringt er das nicht deutlich zum Ausdruck.

Nicht jede Jähzornstat verdient die Milde des Gesetzes. Darum bedarf der Jähzorn jedesmal einer genauen Prüfung, auf Grund derer erwiesen werden muß, daß er nicht ein bloßer Wutausbruch eines minderwertigen Charakters ist. Er darf nicht nur die Aeußerung eines Charakters sein, der schnell zu Gewalttaten neigt, und der sogleich zum Extrem greift. Denn ein solcher bedeutet immer eine soziale Gefahr und verdient nicht irgendeine Rücksichtnahme.

Darum kann die Tötung im Jähzorn nur dann milder angesehen werden, wenn auch für sie entschuldbare Gründe für das Entstehen des Zornes existieren.[2])

Ein Dualismus aber, wie in § 222 E. „Jähzorn *oder* entschuldbare heftige Gemütsbewegung" ist verfehlt; es gibt nicht, wie *Wachenfeld* richtig betont,[2]) zwei Arten des Totschlags. Wohl aber ist es angängig, ihn durch zwei Merkmale zu definieren, nämlich durch: heftige Gemütsbewegung = Erregung und durch Entschuldbarkeit.

---

[1]) Allfeld: Entwicklung, S. 106.
[2]) cf. Wachenfeld: a. a. O., S. 228.

Aus dieser Erkenntnis heraus und um der Möglichkeit der Annahme, als erhalte der Jähzornige ein Privileg, von vornherein jegliche Stütze zu nehmen, schlägt Wachenfeld evtl. folgende Formulierung vor:

„Wer durch äußere Umstände veranlaßt, sich in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung (= Erregung) zur Tötung eines anderen hinreißen läßt, wird wegen Totschlags bestraft."

Da der Entwurf Vorsatz überall stillschweigend voraussetzt, wäre die Erwähnung des Tötungsvorsatzes nicht nötig. Im übrigen gilt beim Totschlag Tötungsvorsatz fast als Grundsatz.

Hiergegen aber wendet sich Wachenfeld und macht auf eine Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht bezüglich der Psychologie des Totschlags aufmerksam. Er verweist auf die CCC., die über die Richtung des Vorsatzes schweigt und die Kennzeichnung des Totschlags als Tötung im Zorn genügen läßt. Dass der Täter auch habe töten wollen, wird nicht gefordert. Denn bei der in Erregung verübten Tötung wird der Täter über das Ziel seines Unternehmens sich selbst nicht klar gewesen sein. Das ist auch der Grund, aus dem die vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang von der CCC. unter den Totschlag gerechnet wird.

Totschläger ist der, der „totschlägt", d. h. auf sein Opfer losschlägt, bis er es tötet.[1]) Den Erfolg seiner Handlung bedenkt er meist nicht, wenn aber, dann wird ein ausgesprochener Tötungs- oder Verletzungsvorsatz nicht nachweisbar sein, beide greifen ineinander. Dafür mag sein Verhalten nach der Tat das Dokument liefern.

Darum aber — weil der Totschläger meist im augenblicklichen Entschluß handelt — hält Wachenfeld mit Recht eine Analyse für unangebracht. „Man sollte den Richter einer Aufgabe entheben, durch welche er doch die volle Wahrheit schwerlich ermittelt und nur dem gerissenen Angeklagten einen Vorteil verschafft. Dieser kann hoffen, bei beharrlichem Leugnen des

[1]) cf. die Ausführungen unten S. 55 f.

Tötungsvorsatzes nur wegen Körperverletzung mit tödlichem Ausgang bestraft zu werden, während der unkluge Angeklagte durch ein unbedachtes Wort der schwereren Totschlagsstrafe entgegengeht.[1])

Aus diesen Erwägungen heraus macht Wachenfeld folgenden Vorschlag zur Formulierung:

„Wer durch äußere Umstände veranlaßt sich in entschuldbarer Erregung (= heftiger Gemütsbewegung) zur Tötung eines anderen oder zu einer Handlung, welche dessen Tod zur Folge hat, hinreißen läßt, wird wegen Totschlags mit . . . . bestraft."

Welche Vorteile diese Formulierung bietet, ist oben dargelegt; doch gleichzeitig würde man mit diesem Vorschlage den Bestrebungen, gleiches Recht für Deutschland und Oesterreich zu schaffen, zur Hand gehen; kennt doch auch das österreichische Recht keinen Tötungsvorsatz beim Totschlag.[2]) Trotz dieses Entgegenkommens würde das deutsche Delikt der Körperverletzung mit tödlichem Ausgange beibehalten werden können. Denn der Totschlag umfaßt nur die in der Erregung geschehene Tötung, Körperverletzung mit tödlichem Ausgang dagegen nicht jede solche.[1])

Der Entwurf kennzeichnet den Totschlag also durch die heftige entschuldbare Gemütsbewegung. Eine Gemütsbewegung, und nicht nur eine Erregung muß den Täter beherrschen, d. h. eine lange, tiefe Bewegung muß seine Seele beeindrucken. Während die Erregung nur im gewöhnlichen von kürzerer Dauer ist, erstreckt sich die Bewegung über eine längere Zeit.

Das erleuchtet aus folgendem. Man spricht z. B. von einem Schwingungserreger; denken wir an den Hammer eines Klavieres. Durch den Druck auf die Taste wird dieser angestoßen und schlägt gegen die Saite. Diese erhält dadurch einen Stoß, der sie in Schwingung versetzt. Im Augenblick des Anstoßes ist die so herbeigeführte Schwingung am kräftigsten, um allmählich immer

---

[1]) cf. Wachenfeld: a. a. O., S. 229.
[2]) cf. § 140 (unten S. 58).

schwächer zu werden. Im Momente des Anpralles des Hammers ist der Kulminationspunkt erreicht, und langsam nimmt die Kraftkurve nun ab.

Die Bewegung hingegen wird allmählich entstehen, vielfach sicherlich aus einer Erregung, und während eines längeren Zeitraumes Bestand haben; sie ist von ebenmäßiger Gewalt und Dauer. Man spricht von der bewegten See, wenn der Sturm über sie dahintobt, weil nicht ein augenblickliches Aufwallen vorliegt. Goethe singt: „Aus dem bewegten Wasser rauscht . . . .“[1]). Und Luther sagt[2]): Maria aber behielt alle diese Wort und bewegte sie in ihrem Herzen.“

Dieser Gemütszustand[3]) muß nun weiter heftig sein. Das heißt, er muß so den Täter oder Betroffenen beherrschen, daß er tatsächlich in seinem Banne steht und von ihm völlig befangen ist. Soll doch aus ihm die Tötung eines Menschen entspringen! Das darum nicht eine geringe Bewegung genügen kann, ist verständlich. Aber diese heftige Gemütsbewegung muß auch entschuldbar sein. Sie muß Motiven entspringen, die wir verstehen können, und die darum entschuldbar sind, die gewissermaßen einen sittlichen Wert haben. Nicht jede Gmütsbewegung verdient unsere Entschuldigung, wie z. B. nicht der Blutrausch und die Begierde des Wüstlings, des Lustmörders.

Eine solche heftige und entschuldbare Gemütsbewegung liegt Tötungen zu Grunde, wie der Euthanasie,[4]) dem Familienmord aus Liebe zu den hungernden Kindern oder der Tötung des Schänders der Familienehre. Und warum? „Weil hier die Motive zur Tat nicht nur stark affektbetont sind, sondern auch in Gedankenreihen

---

[1]) Goethe: Der Fischer.

[2]) Lukas II, 19. — Man bedenke auch Zeitungsberichte über Sitzungen etc. „Bewegung im Saale“.

[3]) cf. hierzu auch die Ausführungen unten Seite 55 f.

[4]) Ich erinnere an die bekannte Novelle von Storm: Ein Bekenntnis. Ein Arzt tötet seine geliebte, an Carcinom leidende Frau.

wurzeln, die wir mitempfinden können, und die man z. B. geradezu als sittlich hochwertig bezeichnen kann."[1])

Oder denken wir an andere Fälle. Von Bar erinnert an ein bekanntes Beispiel: Die Frau, die Jahre hindurch von ihrem, dem Trunk ergebenen Manne mißhandelt wird und nun endlich den Entschluß faßt, den Zerstörer ihres Lebensglückes, wenn er sie wieder, betrunken, mißhandeln will, zu erschlagen.[2])

Zum andern. Eine Mutter tötet nach langen Kämpfen den Verderber ihrer Tochter, die sich, sagen wir, in sexueller Hörigkeit zu ihm befindet und völlig von jenem ruiniert wird durch Verleitung zur Unzucht z. B., durch Gift. All das sind Tötungen, die sicherlich einer sehr starken Gemütsbewegung entsprossen sind, und die unser Mitleid verdienen, weil wir sie nachempfinden können; und weil wir wissen, daß hier vor uns ein Menschenkind steht, das in bitterster Not und tiefster Verzweiflung zu einem Schritt getrieben wurde, den es allein zur Rettung offen sah, und der aus hervorragend edlen, altruistischen Motiven geboren wurde.

Sicherlich wird bei einer solchen Gesetzesbestimmung dem Volksrechtsempfinden mehr Rechnung getragen, wie auch dem allgemein menschlichen Empfinden.[3]) Und vor allem, die Grenze zum Mord ist nicht mehr durch ein so unklares Merkmal wie das der Ueberlegung gezogen.

Gewiß wird es auch schwer halten in Fällen, die ohne Zeugen geschahen, die Gemütsbewegung zu erweisen; ist sie doch wie die Ueberlegung ein innerer Vorgang. Immerhin wird man von ihrem Walten leichter Spuren finden als von dem Vorhandensein der Ueberlegung. Denn im Gewöhnlichen spiegelt sie sich im Verhalten des Täters wieder.[4])

---

[1]) Aschaffenburg in Monatsschrift f. Krim. Psych. Bd. 9, Seite 654.

[2]) cf. v. Bar: Gesetz u. Schuld S. 434.

[3]) cf. Radbruch in Reform 1926, S. 303. — Erl. Bem. z. öster. Entw., S. 259 ff; Ed. v. Liszt: vors. Tötg. S. 64.

[4]) so auch Erl. Bemerkg. z. österr. Vorentw. 1912, S. 253.

Aus der Beschaffenheit der Wunde, die den Tod herbeiführte, aus dem angewendeten Mittel, aus dem Verhältnis des Täters zum Getöteten, aus dem Zweck der Tat, aus den Spuren des Tatortes, aus dem Gebahren des Täters nach der Tat, aus all diesem wird sicherlich mit größerer Leichtigkeit die Gemütsbewegung als die Ueberlegung festzustellen sein.

VII.

Volksrechtsempfinden hinsichtlich Mord und Totschlag.

Im folgenden wollen wir versuchen festzustellen, was eigentlich im Volksrechtsbewußtsein unter Mord, und was unter Totschlag verstanden wird. Wir werden uns bemühen, zuerst einmal klarzulegen, ob der Laie überhaupt diese beiden Arten der Tötungen kennt, ob er sie nicht vielleicht unter einem Begriff zusammenfaßt, und wir werden dann gegebenen Falls darangehen darzutun, ob er sie weiterhin durch das Kriterium der Ueberlegung scheidet oder nicht. Denn es wäre nicht einzusehen, weshalb die Wissenschaft, wenn sie schon unter Umständen volkstümliche Begriffe gewählt hat, sie diese evtl. in einem Sinne verwenden soll, der dem Empfinden des Volkes zuwiderläuft.

F. v. Liszt findet in dem Rechtsbewußtsein der Kulturvölker keinen einheitlichen Begriff des Mordes. Er sagt, der Begriff des murder im englischen Common Law und der des assasinat im Code pénal Frankreichs oder der des asesinato in den spanisch-portugiesischen Rechten ist verschieden von denen des Mörders im deutschen Strafgesetzbuche und im geltenden österreichischen oder Schweizer Recht. Ja, er findet selbst in den deutschen Ländern keine einheitliche Ueberzeugung für den Begriff des Mordes. „Nur soviel kann behauptet werden: das Volk pflegt die schweren Fälle der gemeinen Tötung als Mord zu bezeichnen. Die Einreihung des Einzelfalles erfolgt aber nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nach der Lage der konkreten Umstände".[1])

[1]) F. v. Liszt: V. D. 5, 69.

Es wird zugegeben, daß von einer Uebereinstimmung in dem Begriff des Mordes bei den Kulturvölkern nicht ohne weiteres die Rede sein kann. Aber sollte denn tatsächlich im deutschen Volke keine Ansicht angetroffen werden, die überwiegend herrscht? Wir werden das näher beleuchten.

F. v. Liszt gibt zu, daß das Volk mit Mord die schweren Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung bezeichnet, sagt aber, daß diese im Volke bestehende Anschauung sich keineswegs mit dem Begriffe des Gesetzes deckt. Er verweist auf die Schwierigkeiten, die die Belehrung der Geschworenen in den Sitzungen bereitet, und sagt weiter, daß die „Verneinung der Ueberlegung durch die Geschworenen vielfach auf Erwägungen beruht, die außerhalb jeder denkbaren Auslegung des Begriffes Ueberlegung stehen, die ihrerseits der begrifflichen Erfassung spotten. Wenn in einem solchen Fall, in dem die Mordfrage verneint und Totschlag angenommen worden ist, die Richterbank das höchste Maß der Totschlagsstrafe verhängt, weil nach ihrer Ansicht eben nicht Totschlag, sondern Mord vorliegt, so beweist das unwiderleglicher als die schärfste juristische Deduktion, daß von einem einheitlichen, im Volksrechtsbewußtsein lebendig vorhandenen und mit dem Gesetz sich deckenden Begriff des Mordes keine Rede sein kann".[1])

Wir geben zu, daß sich der Begriff des Mordes, wie er im Volke lebt (er wird zu untersuchen sein), nicht in Einklang bringen läßt mit dem des Gesetzes. Aber beweist denn das, daß im Volke kein allgemeiner Begriff dieses schwersten aller Verbrechen wurzelt?

Wir greifen vielmehr diese Tatsache als Beweis dafür auf, daß es nur die Ueberlegung ist, die diesen Mißklang zwischen Volksanschauung und Gesetz hervorruft. Wir werden uns bemühen, dieser Ansicht im folgenden eine Stütze zu geben.

Wenn man untersuchen will, ob sich die Ansicht des Volkes mit der der Wissenschaft deckt, dann wird man am sichersten

[1]) F. v. Liszt: a. a. O. S. 69.

gehen, zuerst einmal die Anschauung des Volkes als das Primäre festzulegen. Nach dieser Arbeit kann man daran gehen, sie mit der wissenschaftlichen Ansicht als der sekundären zu vergleichen. Nicht aber ist es angängig, den Vergleich zu unternehmen, indem man die Fixierung der Begriffe durch die Wissenschaft als ruhenden Pol zu Grunde legt. Die letzte Methode dürfte gerade in unserem Falle, wo die Schwächen der wissenschaftlichen Erfassung des Begriffes bereits zugegeben sind, nicht geeignet sein, Klarheit zu schaffen; denn das hieße ja, die Unrichtigkeit kennen und doch auf ihr fußen. Nein, nicht weil die Geschworenen schwer über die Ueberlegung zu belehren sind, und weil sie in vielen Fällen gänzlich in Widerspruch zum Gesetz treten, gibt es im Volke keinen allgemeinen Begriff des Mordes. Den gibt es schon, wenn auch verständlicher Weise nicht in der exakten Form, wie ihn die Wissenschaft verwerten könnte. Das Merkmal der Ueberlegung freilich hat es nie verwertet!

Was versteht denn nun das Volk unter Mord? Es spricht von einem Selbstmörder, von einem Vatermörder, von einer Kindsmörderin. Nie von Totschlägern in diesem Zusammenhang. Man möge nicht einwenden, der Volksmund, der Laie mache zwischen Mord und Totschlag keinen Unterschied, gebrauche beide Begriffe nebeneinander.[1]) Wir werden sehen, daß die Fälle der Tötungen wohl verschieden angesprochen werden.[2])

Untersuchen wir zunächst den Fall des Selbstmörders. Er will aus bestimmten Gründen seinem Leben ein vorzeitiges Ende setzen, vielleicht weil er Entehrung oder Strafe fürchtet, weil er mit einem unheilbaren Leiden behaftet ist, das ihm langes Siechtum bringen wird oder schon gebracht hat, oder aus anderen, ähnlichen

---

[1]) So z. B. von Naso: Die Unterscheidung von Mord und Totschlag S. 4. Er sagt, man spricht von „Mord und Totschlag", wenn bei einer Messerstecherei ein Mensch getötet wird. Das ist aber m. E. nur eine Worthäufung, um das Geschehnis recht eindringlich wiederzugeben. Es ist dasselbe wie etwa: Himmel und Hölle, Wind und Wetter, Sang und Klang, Halli und Hallo.

[2]) cf. hierzu Wachenfeld Arch. f. Str. Bd. 70, Seite 225.

Gründen. Das Wichtigste ist, daß er sicherlich in den weitaus meisten Fällen (von den Selbstentleibungen in geistiger Umnachtung sehen wir ab) über seine Tat reflektiert haben wird. Er wird sich erst Rechenschaft ablegen über sein bisheriges Leben, wird bedenken, was ihm bevorsteht, und wird dann immer mehr und mehr von dem Gedanken befangen, all das, was ihm noch an Elend und Not bevorsteht, durch den Freitod abzuwenden. Was ihn trieb, die Motive zur Tat, sind hier für unsere Frage irrelevant. Denn wie sie auch immer sein mögen, die Tat bleibt doch stets ein Selbst m o r d. Bedeutsam ist hier nur, daß vorher, vor der Ausführungshandlung diese Gedankengänge vorhanden waren, und daß der Täter durch sie beeinflußt den Willen zur Selbstentleibung faßte. Daraus aber entnehmen wir ein wichtiges Moment für unsere Untersuchung: den Vorsatz. Die Tat des Selbstmörders geschieht vorsätzlich.

Aber genügt denn nun der Vorsatz, um die Tötung zum Morde zu machen, oder sind da noch andere Erfordernisse?

Gehen wir weiter. Die Kindsmörderin. Sie will ihr (eigenes) Kind töten, sei es aus Nahrungssorgen, sei es auch um den Gegenstand ihrer vermeintlichen Schande zu beseitigen. Auch hier die Tötung wieder das Produkt einer Verstandestätigkeit, die sich die Frage: Was soll geschehen? beantwortete und zu dem Vorsatz, die Tötung auszuführen, kam. Darum heißt auch sie Mord.

Vielleicht spricht auch hier die Tatsache, daß die Mutter ihr eigenes Kind tötet, daß die Tötung aus verwerflichen oder sittlich minderwertigen Motiven erfolgt, wie die Stellung des Täters zum Opfer mit, um die Tat zum Morde zu stempeln. Sicherlich aber hat das Häßliche der Tat einen bedeutenden Einfluß auf ihre Beurteilung zum Mord. Ein hilfloses, Mitleid erheischendes Wesen, das so ganz von der Liebe der Mutter abhängt, wird hier von der, der die Natur diese Liebe zur Pflicht gemacht hat, und der sie auch die Gabe und Möglichkeit zur sorgsamen Pflege mitgegeben, getötet.

Das Häßliche der Tat, und sogar das Gemeine, Niederträchtige tritt ganz besonders bei dem Vatermörder in die Erscheinung. Vorsätzlich tötet auch er seinen Vater, um irgend ein Hindernis aus dem Weg zu räumen, z. B. um sich in den Besitz des elterlichen Vermögens zu setzen. Aehnlich liegt es bei den Fällen der Tötung aus Habsucht (Raubmord) oder Rache.

Mord also ist im Volksrechtsbewußtsein die gemeine vorsätzliche Tat.[1])

Was aber ist Totschlag? Was trennt ihn vom Mord?

Setzen wir folgenden Fall. Im Gasthaus ein Zechgelage, ein böses Wort. Die Gemüter sind an sich schon erhitzt, und der also Betroffene greift in höchster Wut zum Messer und sticht auf seinen Gegner ein, tötet ihn. Dieser Täter wird nie als Mörder angesprochen werden, er ist Totschläger. Er hat sein Opfer eben ‚nur' zu Tode geschlagen.

Oder, ein Mensch, schon immer ein erbitterter Gegner des Autos, wird durch die Schuld des Wagenlenkers überfahren. Doch trägt er nur leichte Verletzungen davon; steht auf, ergreift in maßlosem Zorn einen am Wege liegenden Knüppel, schlägt auf den herbeieilenden Chauffeur ein und tötet ihn so. Auch hier wird nicht von einem Morde, sondern von einem Totschlag gesprochen.

Der Totschlag geschieht mithin in einer Gemütsbewegung wie Zorn und dergl. Doch nicht jede Bewegung des Gemütes macht die Tötung zum Totschlag, nur diejenige, die uns verständlich und entschuldbar erscheint. Nicht z. B. gilt die sexuelle Erregung als ein solcher Milderungsgrund. Mit Recht heißt man den Wüstling einen Lustmörder, trotzdem auch er in der Erregung sein Opfer umgebracht hat. Aber diese Gemütserregung weckt nicht unser Mitleid und verdient nicht unsere Verzeihung.

Nur die Bewegung des Gemütes, die so stark war, daß sie

---

[1]) cf. E. v. Liszt: vors. Tötg. S. 64.
cf. Wachenfeld: a. a. O. S. 227.

den Betroffenen beherrschte, und die entschuldbar ist, scheint danach u. E. die gemeine Tötung auszuschließen und Totschlag zu sein.

Totschläger ist eben der, der sein Opfer ‚tot'schlägt, oder derjenige, „der in der Erregung auf sein Opfer losschlägt, bis er es tötet", wie Wachenfeld sagt.[1])

Wir bemerken in dieser Unterscheidung einen Zusammenhang mit jener alten Unterscheidung, nach der Mord die heimliche Tötung war und Totschlag die offene, zu der der Täter vielleicht durch das Opfer selbst getrieben war. So auch heute. Die Gemütsbewegung wird ja in den meisten Fällen ihren Grund in dem Verhalten des Getöteten finden, ob wir nun an einen Totschlag im Streite denken oder an den Fall der Euthanasie. Mit dem Morde aber hängt a priori das Moment des Heimlichen und Verabscheuungswürdigen auf das Innigste zusammen. So beim Meuchelmord, Vatermord usw.

Diesen Tatsachen hat der Entwurf Rechnung getragen. Es scheint uns, daß er, wird er Gesetz, endlich die Dissonanz zwischen Gesetzesanschauung und Volksempfinden über Mord und Totschlag beseitigen wird.

[1]) Wachenfeld: Lehrbuch S. 306; cf. E. v. Liszt: vors. Tötg. S. 64.

VIII.

Andere Gesetze und Entwürfe.

Österreich.

Das geltende österreichische Strafgesetzbuch bestimmt Mord und Totschlag fast gleich wie das österreichische Gesetz vom 3. September 1803. Dort hieß es im § 117:

„Wer gegen einen Menschen mit dem Entschlusse ihn zu töten, auf eine solche Art handelt, daß dessen Tod notwendig daraus erfolgt, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig."

Und Totschlag gemäß § 123:

„Wird die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt, zwar nicht mit dem Entschlusse ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Totschlag."

Ganz ähnlich definiert das geltende StGB. Mord im § 134:

„Wer gegen einen Menschen in der Absicht ihn zu töten, auf eine solche Art handelt, daß daraus dessen oder eines anderen Menschen Tod erfolgte, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig; wenn auch dieser Erfolg nur vermöge der persönlichen Beschaffenheit des Verletzten oder bloß vermöge der zufälligen Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde, oder nur vermöge der zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen eingetreten ist, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlaßt wurden."

Und Totschlag im § 140:

„Wird die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt (§ 134), zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Totschlag."

Als besondere Arten des Mordes nennt § 135 noch:

1. den Meuchelmord,
2. den Raubmord,
3. den bestellten Mord,
4. den gemeinen Mord, der zu keiner der angeführten schweren Gattungen gehört.

Für den Mord also ist der böse Vorsatz, die Tötungsabsicht charakteristisch. „Das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist" — gemeint ist der Tod des Opfers -- muß „vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung . . . geradezu bedacht und beschlossen sein"[1]).

Dagegen ist nicht erforderlich —wie beim Totschlag — die feindselige Absicht. Aus diesem Grunde wird auch die unter Einwilligung oder auf Verlangen geschehene absichtliche Tötung als Mord bestraft.[2])

Notwendig aber ist, daß der Tod des Opfers aus der mit der Tötungsabsicht ausgeführten Handlung erfolgte.[3])

Beim Totschlag hingegen fehlt diese Absicht zu töten. Für ihn ist der dolus indirectus kennzeichnend[4]), wenn man die Arten des Vorsatzes im § 1 so einteilen will: in dolus directus und dolus indirectus.[5]) Der „böse Vorsatz" trennt Totschlag vom Mord.[6])

Da der Totschlag in „feindseliger Absicht" geschehen muß, muß die Handlung, die den Tod des Opfers verursachte, gerade

---

[1]) § 1 StGB.
[2]) cf. Entsch. v. 5. Dez. 1914, Kr. I 523/14.
[3]) cf. Entsch. v. 8. Juni 1904, Z. 8805.
[4]) Ed. v. Liszt: Tötg. S. 28.
[5]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 46.
[6]) cf. Gampp S. 101.

gegen dieses Opfer unternommen werden. Tritt der Tod einer anderen Person ein, so ist nicht Totschlag anzunehmen.[1])

Im Gegensatz zum deutschen StGB. unterscheidet also das österreichische Mord und Totschlag nicht durch das Merkmal der Ueberlegung.

Der österreichische Entwurf von 1913, wie der von 1912, bestimmt im § 285 den Mord: „Wer einen anderen tötet". Die §§ 286 und 287 bezeichnen erschwerte Fälle des Mordes. Totschlag begeht nach § 288 „Wer einen anderen in einer durch die Umstände gerechtfertigten heftigen Gemütserregung tötet . . . und Wer einen anderen in einer heftigen Gemütserregung tötet, die durch eine unmittelbar vorausgegangene, ihm oder einer ihm nahestehenden Person zugefügte schwere und unbegründete Kränkung hervorgerufen wurde."[2])

Bewußt hat der Entwurf sich dem deutschen Vorbilde der Unterscheidung von Mord und Totschlag durch das Merkmal der Ueberlegung nicht angeschlossen. Denn „der Begriff der Ueberlegung ist vor allem unklar."[3]) Und er verlegt darum die Unterscheidung aus dem Gebiet des interlektuellen Verhaltens des Täters in die psysische Sphäre, in die Gemütsbeschaffenheit des Täters. Ein absichtliches Zurückgehen und Anlehnen an das ältere deutsche Recht.[3])

Der Entwurf geht davon aus, daß derjenige, der in einer gerechtfertigten heftigen Gemütsbewegung sich zur Tat hinreißen läßt, weniger gefährlich erscheint. „Ein tiefgehender Affekt drängt die rein verstandesmäßigen Erwägungen zurück, reißt den von ihm Ergriffenen mit sich.fort."[3]) Aber die Bewegung muß nicht nur derart heftig sein, sie muß auch gerechtfertigt erscheinen. Sie muß so aus den Umständen heraus geboren sein, daß auch ein „rechtlich

---

[1]) cf. Lammasch: S. 66, Gampp: S. 101, Wachenfeld: a. a. O. S. 47.
[2]) ebenso dem Sinne nach Vorentw. 1909.
[3]) Bemerkungen 1912 S. 252.

gesinnter" Mann von ihr befallen wäre; ein justus dolor" soll sie sein[1]) und nicht das Anzeichen eines schlechten Charakters. Sie darf nicht nur eine plötzliche Erregung sein, sondern eine tiefe Bewegung;[2]) und das ist recht so: Denn auch der plötzliche Affektentschluß verbürgt nicht ohne weiteres eine geringe Gemeingefährlichkeit: auch der Grund des Affektes muß in Betracht gezogen werden.[3]) Der Rohling, der bei jeder Gelegenheit leicht aufbraust und zum Messer greift, handelt durchaus nicht so, daß er Rücksichtnahme verdient.[4])

Weiterhin umfaßt die Gemütsbewegung nicht nur Affekte wie Zorn, Aufwallung, die sthenischen Affekte also, sondern auch die asthenischen wie Mutlosigkeit, Verzweiflung und Furcht.[5]) Darum handelt die Mutter, die in tiefer Niedergeschlagenheit über ihre Notlage ihr Kind tötet, in gerechtfertigter, heftiger Gemütsbewegung.

Mord hingegen ist jede andere vorsätzliche Tötung; denn es entspricht dem Volksbewußtsein, nur die schwereren Fälle der vorsätzlichen Tötung als Mord zu bezeichnen.[6]) Als das unterscheidende Moment hat der Entwurf eben die Gemütsbeschaffenheit des Täters zugrunde gelegt. „Dies ist eine praktisch sehr wertvolle Unterlage. Gerade in den Eigenschaften des Gemütes zeigt sich die Gefährlichkeit des Täters."[7]) Diese Anschauung aber fand auch im deutschen Entwurf von 1925 ihren Niederschlag.[8])

Im Jahre 1922 erschien ein Gegenentwurf zum deutschen Entwurf von 1919, leider jedoch nur zum allgemeinen Teil.

---

[1]) cf. Bericht S. 124.
[2]) Bemerk. S. 252.
[3]) Thyrén S. 4.
[4]) cf. Schwarze in GS. 1868, S. 139; v. Bar: S. 434; Bemerk. S. 252; Bericht S. 124.
[5]) cf. Bemerk. S. 252.
[6]) cf. „ 1912 S. 251.
[7]) Ed. v. Liszt: Tötg. Seite 35.
[8]) cf. §§ 221, 222 dtsch. Entwurf 1925.

Schweiz.

Der Vorentwurf von 1908 definiert Mord[1]) als diejenige Tötung, die geschieht „aus Mordlust, aus Habgier, mit Grausamkeit, heimtückisch, durch Gift, Sprengstoff oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern."

Hier ist einmal die Tötung aus gemeinen Motiven und andererseits die Tötung mit besonders gefährlicher oder verwerflicher Art der Begehung aus dem allgemeinen Begriff der „Tötung" als qualifiziert ausgeschieden und als Mord gekennzeichnet.

Aehnlich lautet Art. 104 des Vorentwurfes von 1916.

> „Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, um die Begehung eines anderen Vergehens zu verdecken oder zu erleichtern oder aus anderen gemeinen Beweggründen, mit besonderer Grausamkeit, heimtückisch, durch Feuer, Sprengstoff oder andere Mittel, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden, . ."

Hinzugefügt ist die Begehung „aus anderen gemeinen Beweggründen", während die Tötung mittels Gift weggefallen ist. Dafür aber ist die Tötung mit solchen Mitteln, die „geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden", aufgenommen worden. Das Erfordernis der Grausamkeit ist durch die Einfügung der „besonderen" näher gekennzeichnet. Der Gebrauch des Wortes „Vergehen", statt „Verbrechen" entspricht nur dem ganzen Sprachgebrauch des Entwurfs.[2])

Diese Fassung ist vom Entwurf 1918 nahezu übernommen worden. Die Stelle „oder aus anderen gemeinen Beweggründen" kam jedoch in Fortfall.

Während die mit Mord benannten Fälle aus dem übergeordneten Delikt der vorsätzlichen Tötung ausgeschieden sind, ist dem Totschlag auf der anderen Seite eine mildere Stellung

[1]) a. a. O. Art. 64.

[2]) cf. Ed. v. Liszt: a. a. O. Seite 45.

eingeräumt. Er geschieht nach dem Vorentwurf von 1908 in leidenschaftlicher Aufwallung.[1]) Diese Fassung ist allerdings insofern bedenklich, als sie auch dem Rohling Milderungsgründe zukommen läßt.

Das ist erkannt worden, und so ist nach dem Vorentwurf von 1916 Totschlag die Tötung, die in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung geschah.[2]) Wir bemerken eine Anlehnung an die Fassung des § 288 des österreichischen Entwurfes. Der Entwurf von 1918 hat diese Formulierung beibehalten.[3])

Nicht eine Scheidung durch die Ueberlegung also ist hier vorgesehen; den Mord vielmehr charakterisiert der gemeine Beweggrund und die gefährliche oder verwerfliche Begehungsart. Der Totschlag hingegen ist nur ein privilegierter Fall der vorsätzlichen Tötung an sich.

Gewiß können die Mittel, die zur Tat verwendet wurden, wie auch die Art der Begehung von Wert sein für die Beurteilung der sozialen Gefährlichkeit des Täters. Aber immerhin scheint die Formulierung doch bedenklich. Denn es ist fraglich, ob tatsächlich die aufgezählten Umstände geeignet sind, die Grenzlinie von Mord und von vorsätzlicher Tötung zu bilden.[4]) Weiter kann nicht der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung doch mit besonderer Grausamkeit (wenn er z. B. blindlings darauf losschlägt, nachdem er durch den Anblick des blutenden Opfers den Kopf verloren hat), getötet haben?[5])

Immerhin haben die Schweizer Entwürfe und vor allem ihr

---

[1]) a. a. O. Art. 64, 3.

[2]) a. a. O. Art. 195.

[3]) a. a. O. Art. 100; M. ST. G. B. E. 1918, Art. 115.

Soweit ich sehen kann, sind die Aussichten anscheinend ungünstig für eine Gesamtreform. (Vergl. Meyer v. Schauensee u. Schoetensack im G.S. 89 Seite 138 ff.).

[4]) cf. E. v. Liszt: a. a. O. Seite 46; F. v. Liszt V. D. Seite 67.

[5]) cf. F. v. Liszt a. a. O. Seite 68.

eifrigster Vorarbeiter Stooss,[1]) wie F. v. Liszt sagt,[2]) das Verdienst, daß sie die Begriffe Vorbedacht und Ueberlegung in die längst verdiente „historische Rumpelkammer“ geworfen haben.

Ungarn.

Nach dem ungarischen Strafgesetzbuch von 1878 ist Mörder: „wer einen Menschen nach vorheriger Ueberlegung vorsätzlich tötet“. (§ 278). Dagegen begeht die einfache vorsätzliche Tötung, „wer einen Menschen vorsätzlich tötet, jedoch seinen Vorsatz vorher nicht überlegt hat“.

Der Unterschied vom deutschen Strafgesetzbuch zeigt sich trotz der Aehnlichkeit der Fassung darin, daß die Ueberlegung vor der Tat gefordert wird und nicht, wie das deutsche Recht, bei der Tat. Vielleicht ist hierin der deutsche Vorbedacht zu finden.

Aus der Erkenntnis heraus, daß Nichtvorhandensein der Ueberlegung nicht ein Vorhandensein des Affektes bedingen muß, hat das ungarische Strafgesetzbuch für diesen Tatbestand eine besondere Bestimmung getroffen. § 281 sagt:

> „Wenn der Vorsatz in einer heftigen Gemütsbewegung des Täters gefaßt und auch sofort ausgeführt wurde, ist die Tötung mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren zu bestrafen“.

Zur Zeit ist Ungarn in dauernden Reformbewegungen begriffen. Die Revolution brachte Verordnungen der Károlyi-Regierung (31. Nov. 1918—21. März 1919), die dem Recht der Bolschewisten-Zeit (21. März 1919—2. August 1919) weichen mußten. Darauf folgten Gesetze von 1920 und 1921. Gegenwärtig liegt der Nationalversammlung eine größere Novelle zum Strafgesetzbuch vor.[3]) Genaues hierüber vermochte ich nicht zu erfahren.

---

[1]) cf. Entw. des VE. 1893/94, Art. 50.

[2]) F. v. Liszt a. a. O. Seite 68.

[3]) cf. v. Hippel Seite 384; Kováts in Dtsch. Jur. Ztg. Bd. 29, Seite 711.

Staaten mit vorwiegend deutschem bezw. englischem Recht.

Die Niederlande.

Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881 (in Kraft seit 1. September 1886) scheidet durch die Richtung des Vorsatzes, ob die Tat zur Tötung oder zur Körperverletzung zu zählen ist.

Die Hauptform der vorsätzlichen Tötung ist der Totschlag, der vorangestellt ist. Er ist charakterisiert allein durch den Vorsatz.[1]) Strafe ist 10 bis höchstens 15 Jahre Gefängnis, die erhöht wird bei Begehung des Totschlags unter erschwerenden Umständen (zur Begehung, Erleichterung etc. einer anderen strafbaren Handlung).[2]) Durch Hinzutritt des Kriteriums „met voorbedachten rade" wird die vorsätzliche Tötung zum Mord.[3])

Für das Merkmal soll nicht die Zeit zwischen Entschluß und Ausführung maßgebend sein. Die Motive sehen darin einen Zustand der ruhigen Ueberlegung und einer verständigen Reflexion als Gegenteil einer momentanen Gefühlsaufwallung.

Eine in der Erregung vorgefaßte Tat, die aber mit kaltem Blut ausgeführt wurde, ist darum Mord.[4])

Entwürfe von 1900 und 1904 führten nicht zum Ziel.

---

[1]) Art 287: „Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft, wordt, als schuldig aan doodslag . . . . . bestraft";

[2]) Vergl. Art. 288.

[3]) Art. 289: „Hij die opzettelijk an met voorbedachten rade een ander van het leven berooft, wordt, as schuldig aan mord, gestraft . . . . ."

[4]) cf. Wachenfeld: Begriffe Seite 207.

Griechenland.

Das Gesetzbuch von 1883 hatte den bayerischen Entwurf von 1827 unter Belassung der Begriffsbestimmung von Mord und Totschlag zum Vorbilde.[1]) Es nimmt also Mord an, wenn die Tötung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Ueberlegung ausgeführt war[2]), und Totschlag, wenn die Tötung ohne Vorbedacht in aufwallender Gemütsbewegung beschlossen und in derselben ausgeführt war. 1923 war ein Entwurf annähernd fertiggestellt, der aber mit Rücksicht auf die neuen fremden Entwürfe nochmals revidiert werden sollte.[3]) Neueres hierüber war mir nicht zugänglich.

Serbien.

Während noch das serbische Strafgesetzbuch von 1860 das preußische Strafrecht von 1851 sich zum Vorbilde nahm[4]) und demzufolge noch die vorsätzliche Tötung nach dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der Prämeditation schied[5]), verläßt der Vorentwurf vom 28. Juni 1910 diesen Weg und stellt sich dar als eine Arbeit auf Grund der neueren Strafrechtsreform.

Er kennt (subjektiv) vorsätzliche und fahrlässige Tötung. Die einfache vorsätzliche Tötung ist das gewöhnliche Verbrechen[6]), qualifiziert wird sie, „wenn die Tötung auf grausame Weise, durch Gift, oder auf eine das Leben vieler Menschen gefährdende Weise ausgeführt ist, oder wenn die Tötung aus Eigennutz oder zum Zwecke des Unternehmens und Verheimlichens einer anderen mit Zuchthaus bedrohten Straftat begangen ist.[7]“) Milderungsgrund ist die Tötung auf Provokation.[8])

---

[1]) cf. Wachenfeld: Begriffe Seite 185.

[2]) Art. 288.

[3]) cf. v. Hippel Seite 433.

[4]) cf. Wachenfeld: Begriffe Seite 186.

[5]) § 155: „Wer vorsätzlich und mit Vorbedacht einen Menschen töte . . . .“ § 156,1: „Wer vorsätzlich, jedoch ohne Vorbedacht einen Menschen tötet . . . .“ zitiert nach Wachenfeld a. a. O. Seite 186.

[6]) cf. § 131,1.

[7]) § 131,2.

[8]) § 132: „Wer die Tötung im gereizten Zustande, in den er . . . . . seitens des Getöteten versetzt war . . .“ mildere Strafe.

Norwegen.

Das norwegische Strafgesetzbuch von 1842 hatte als Unterscheidungsmerkmal von Mord und Totschlag die Ueberlegung gewählt.[1])

Auch der Entwurf von 1896 unterscheidet noch so: „Wer rechtswidrig den Tod eines anderen verursacht, ... wird wegen Totschlags .... und sofern er mit Ueberlegung gehandelt hat, wegen Mordes .... bestraft."[2]) Die Tötung zur Erleichterung oder Verdeckung eines anderen Verbrechens, wie auch die Tötung zum Zwecke der Strafentziehung wird für gleichwertig erachtet.[3])

Wie der Entwurf bestimmt das positive Recht im § 233. Die Ueberlegung ist beibehalten[4]); immerhin hat sie nicht die Stellung des alleinigen Unterscheidungsmerkmals. Sie ist wie die angeführten Umstände auch nur erschwerender Umstand.[5])

Dänemark.

Das dänische Gesetz von 1866 sieht im Totschlag,[6]) der vorsätzlichen Tötung[7]), den Normalfall. Er ist nur durch den Tötungsvorsatz charakterisiert, ohne daß ein Fehlen der Ueberlegung oder ein Dasein einer Gemütsbewegung erfordert wird. Mord[6]) wird die Tötung sobald die Ueberlegung hinzutritt.[8])

Während bei allen Delikten dem Gericht große Freiheit für die Strafzumessung gelassen ist, ist sie ihm bei der überlegten Tötung genommen. Hier muß auf Tod erkannt werden.

---

[1]) Vergl. darüber Wachenfeld: Begriffe Seite 209.

[2]) cf. § 233, I, Satz 1.

[3]) § 233, I, Satz 2.

[4]) Das Gesetz verzichtet allerdings auf den technischen Ausdruck „Mord" für diese Fälle.

[5]) cf. Strafgesetzbuch § 231, Satz 2: Körperverletzung, die ebenfalls durch das Walten der Ueberlegung erschwert wird. cf. Entwurf § 233, II.

[6]) Die technischen Ausdrücke sind nicht gebraucht; doch entsprechen die Delikte den unsrigen, so bezeichneten Verbrechen.

[7]) § 186: „Wer einen anderen Menschen vorsätzlich des Lebens beraubt . . ."

[8]) § 190: „Wer mit Ueberlegung einen anderen Menschen des Lebens beraubt. . . ."

Finnland.

Das finnische Strafgesetzbuch von 1889, das sich auf schwedische Rechtsquellen stützt,[1]) scheidet Mord und Totschlag durch den Vorbedacht. Es bestimmt im § 1 des 21. Kapitels Mord: „Wer vorsätzlich und mit Vorbedacht einen anderen tötet, wird wegen Mordes . . . . bestraft", und im § 2 Totschlag „Wer vorsätzlich, jedoch ohne Vorbedacht einen anderen tötet, wird wegen Totschlags . . . . bestraft."

Vorsatz wird also für beide Delikte gefordert, nur der Vorbedacht trennt sie; eine Anlehnung an das deutsche Strafgesetzbuch. Als Milderungsgrund gilt die Tötung auf Provokation.)[2]

[1]) cf. Forsmann: Ztschr. f. Strfr. Bd. 11,579.
[2]) cf. Kap. 21, § 2, Abs. 2.

Staaten
mit vorwiegend englischem Recht.

England.

Das englische Strafrecht ist noch heute zum großen Teile Gewohnheitsrecht, teilweise beruht es auch auf Gesetz (statute law).[1])

Es hebt zwei Arten der verbrecherischen Tötung hervor, den Mord (murder) und den Totschlag (manslaughter). Und zwar liegt Mord dann vor, wenn zur schuldhaften Tötung, der vorsätzlichen wie der fahrlässigen, „malice aforethougth" hinzutritt; in allen anderen Fällen manslaughter. „Malice aforethought wird stets als vorhanden angenommen

1. bei der vorsätzlichen Tötung und vorsätzlich schwerer Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, wenn der Täter nicht durch eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wurde;
2. wenn der Tod verursacht wird durch eine Handlung, deren Absicht es war, eine beliebige felony (Verbrechen) zu begehen, oder einen Beamten in Kenntnis seiner

[1]) cf. hierzu: Stephen: Hdbch. Seite 210 ff. Schuster in Strr. d. Gegenw. Bd. I, S. 610, ff; Wachenfeld: Begriffe S. 213 ff; F. v. Liszt: V. D. 5, S. 31 ff.

Eigenschaft bei der Verhaftung und Bewachung von Gefangenen oder der Friedensbewahrung gewaltsamen Widerstand zu leisten. Auch in diesen Fällen entschuldigt die Reizung zum Zorne unter den oben erwähnten Umständen."[1])

Darum ist malice aforethought nicht etwa gleichbedeutend mit unserem Vorbedacht, sondern vielmehr „eine verbrecherische Willensdisposition, in der sich die Verderbtheit, die Herzensschlechtigkeit — wickendness of the heart, wie Blackstone sagt — wiederspiegelt."[2])

So liegt auch Mord vor, wenn weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit bezüglich des eingetretenen Todes vorhanden war. Schon die Absicht, ein anderes Verbrechen (felony) zu begehen, genügt, um malice aforethought anzunehmen und darum Mord, falls dadurch ein Mensch getötet wird; sie kann direkt oder indirekt (express oder implied) sein.[3]) Schießt z. B. — ein Fall, der durch alle Lehrbücher des englischen Rechts hindurchgeht[4]) — jemand auf ein Huhn in diebischer Absicht, und der Schuß tötet dabei zufällig einen Menschen, dann liegt Mord vor. Eine ungeheure Ausdehnung des Begriffes, gegen die sich, leider vergebens bisher, die neuere Literatur gewendet hat.

Der Begriff des manslaughter enthält zwei verschiedene Fälle: die Tötung im Affekt (manslaughter voluntary) und die zufällige Tötung durch eine rechtswidrige Handlung, die aber nicht felony ist.[5]) Die Tötung im Affekt wiederum ist je nach der Schwere der Provokation[6]) Mord oder Totschlag. Trotz des waltenden Affektes wird immer Mord angenommen, wenn aus den besonderen Umständen zu entnehmen ist, daß der Täter

---

[1]) Schuster: a. a. O. Seite 649.
[2]) Wachenfeld: a. a. O. Seite 214.
[3]) cf. Stephen: a. a. O. Seite 233.
[4]) cf. F. v. Liszt: a. a. O. Seite 31.
[5]) cf. Stephen: Seite 216.
[6]) Worte ect. genügen nicht! cf. Str. d. Gegenwart II, 246.

„böse Absicht“ hatte. Z. B.: A und B zanken sich. A zieht den Degen und führt einen Stoß gegen B. Darauf zieht auch B seinen Degen und beide fechten. Im Verlaufe wird B getötet. Hier ist A Mörder; denn er begehrte das Blut des B.[1])

Besondere Vorschriften für Tötungen an bestimmten Personen oder bei bestimmter Art der Ausführung sind nicht vorhanden. Alle verbrecherischen Tötungen sind unter die allgemeinen Bestimmungen von Mord und Totschlag zu subsumieren.

Daraus erleuchtet, daß die engl. Unterscheidung des common law für die Betrachtung hinsichtlich einer Reform unbrauchbar ist. Ein Entwurf von 1879 eines Strafgesetzbuches für England scheiterte an der Interessenlosigkeit der Parteien im Parlament.[2])

Indien.

Der Indian Penal Code vom 6. Oktober 1860 ist eine Fortbildung des englischen Rechtes. Er hat den Begriff des malice aforethought aufgegeben. „Eine schuldhafte Tötung verübt, wer den Tod eines Menschen dadurch herbeiführt, daß er Handlungen vornimmt in der Absicht, ihn zu töten oder körperlich so zu verletzen, daß die Verletzung den Tod voraussichtlich zur Folge haben werde“.[3]) Das ist im allgemeinen der Begriff des Mordes (murder). In fünf Fällen, die der Art. 300 aufzählt, liegt trotzdem kein Mord vor:

1. bei Tötung bei Provokation;
2. bei Notwehrexcess,
3. bei in gutem Glauben erfolgter Ueberschreitung der gesetzlichen Befugnisse durch einen Beamten,
4. bei plötzlicher, leidenschaftlicher, ohne Vorbedacht (!) erfolgter Tötung,
5. bei Tötung mit Einwilligung.

[1]) Ein bei Stephen angeführter Fall.
[2]) cf. Schuster a. a. O. Seite 616.
[3]) Art. 199.

Mord ist also — lt. Art. 199 — die Tötung, die entweder mit der Tötungsabsicht geschieht oder mit dem Wissen der zugefügten, todbringenden Verwundung. Der dolus indirectus ist zwar (im letzten Falle) beibehalten, jedoch eingeschränkt.

Die Tötungen, die nicht unter den Mord fallen, entsprechen dem englischen manslaughter.

Die fahrlässige Tötung ist durch die Novelle von 1870 besonders geregelt.

Entwürfe aus den Jahren 1878—1880 führten zu keinem Ergebnis. Sie zeigten das Bestreben, den Begriff des Mordes einzuengen, enthalten sonst keine bedeutsamen Vorschläge.

Nordamerika.

Nordamerika zeigt in seiner Rechtszersplitterung hauptsächlich englischen Einfluß.

Die Gesetze hinsichtlich unserer Frage sind dadurch charakterisiert, daß sie die beiden Delikte gradweise zergliedern. So teilt der Code penal of the State of New-York (1881), das bedeutendste Werk, die Tötungen ein in:

1. murder;
2. manslaughter;
3. excusable homicide;
4. justifiable homicide.

Murder und manslaughter werden dabei je in zwei Graden unterschieden. Unter Mord überhaupt fallen an sich sämtliche vorsätzlichen Tötungen.

Der Mord im ersten Grade stellt sich dar:

1. als die vorsätzliche Handlung in überlegter oder vorbedachter Tötungsabsicht (entsprechend dem deutschen Mordbegriff);
2. als die Fiktion des englischen common law, als diejenige Handlung aus der die ruchlose Gesinnung des Täters hervorgeht.

Geschah die Tötung mit Tötungsvorsatz, aber ohne Ueberlegung und Vorbedacht, dann liegt Mord im zweiten Grade vor. Fehlt auch der Tötungsvorsatz, ist Totschlag anzunehmen.

Eine Milderung durch Affekt oder Provokation ist bei der vorsätzlichen Tötung nicht gegeben.

Totschlag zweiten Grades ist die Tat, die in der Hitze der Leidenschaft verübt wurde, es sei denn, daß sie mit grausamen oder ungewöhnlichen Mitteln oder mit tödlichen Waffen begangen wurde; dann liegt ein Fall des Totschlages ersten Grades vor.

Die anderen nordamerikanischen Gesetzgebungen weisen so wenig positiv Beachtenswertes für Reformbestrebungen auf, daß sich eine genauere Aufzählung in diesem Zusammenhang wohl erübrigt.

Staaten
mit vorwiegend romanischem Recht.

Frankreich.

Frankreich, dessen Unterscheidung von Mord und Totschlag durch das Merkmal der préméditation einen Siegeslauf durch die Welt angetreten hat, ist heute in der Strafgesetzgebung ein rückständiges Land.[1])

Der französische Code pénal unterscheidet Art. 295:

„L'homicide commis volontairement est qualifié meutre".

Art. 296:

„Tout meutre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assasinat".

„Préméditation[2]) consiste dans le dessein formé, avant l'action à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition".

„Le guet-apens[3]) consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence".

Der assasinat, der sich als eine schwere Art des meutre darstellt[4]) und kein anders geartetes Delikt ist, ist durch die

---

[1]) cf. Rivière in Str. d. Gegenw. I, 436: „Heute jedoch . . . ist es weit davon entfernt, auf strafrechtlichem Gebiet den ihm z. Zt. seines Erlasses zukommenden Rang einzunehmen". Prins ebenda Seite 462, v. Hippel Seite 400.

[2]) Art. 297.

[3]) Art. 298.

[4]) cf. Art. 296.

préméditation vom meutre getrennt. Diese — die ja ein so bedenkliches Vorbild für viele Staaten wurde — versteht der Code pénal wohl als „einen vorher gefaßten, aber nicht unbedingt überlegten Entschluß . . .“ und legt darum „besonderes Gewicht auf die Zwischenzeit zwischen Entschluß und Ausführung“.[1])

Der guet-apens ist ebenfalls ein Merkmal des assasinat, „ohne daß man freilich einsieht, weshalb er neben der Prämeditation besonders aufgeführt wird. Die Tötung mit Auflauern ist nur eine Spezies der prämeditierten. Sie ist ohne Prämeditation nicht denkbar“.[2])

Da, wie oben erwähnt, die Scheidung durch die Prämeditation einen so sehr großen Anklang und so viel Nachahmung in anderen Staaten gefunden hat, ist es verständlich, daß die Mehrzahl der französischen Schriftsteller den vielfachen Stimmen gegen die Prämeditation ablehnend gegenübersteht. Nur wenige haben ihre Stimme gegen sie erhoben, so z. B. Tarde.[3])

Belgien.

Der belgische Code pénal von 1867, der sich darstellt als eine wesentliche Verbesserung des französischen,[4]) fügt für den Begriff des meutre „intention de donner la mort“ hinzu, um ihn so auf die Fälle mit Tötungswillen zu beschränken.[5]) Tritt die Prämeditation hinzu, wird die Tat zum assasinat.[6]) Fortgefallen ist der guet-apens in diesem Zusammenhang.

Aus dem Art. 392[7]) erleuchtet, da er dieselben Momente wie die Bestimmung der Prämeditation im franz. Recht enthält,

---

[1]) Wachenfeld: Tötg. Seite 31.

[2]) Wachenfeld: Begriffe Seite 231.

[3]) zit. nach F. v. Liszt: V. D. 5, 38.

[4]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 234.

[5]) Art. 393: „L'homicide commis avec intention de donner la mort est qualifié meutre“.

[6]) Art. 394: „Le meutre commis avec préméditation est qualifié assasinat“.

[7]) Art. 392: „Sont qualifiés volontaires l'homicide commis et les lésions causées avec le dessein d'attenter, à la personne d'un individu déterminé, ou

daß schon ein vorheriger Entschluß die Tat zu einer schwereren macht. Indess, man sah nicht hierin das Wesen der Prämeditation, sondern sieht in der Prämeditation die „réflexion“ und den „dessein antérieur“.[1])

Die Strafen sind, anders als in Deutschland, lebenslängliche Zwangsarbeit und Tod. Wie der assasinat wird mit dem Tode der Vatermord (Art. 395) und der Giftmord (Art. 397) bestraft. Je nach den Umständen wird Kindsmord als meutre oder assasinat bestraft, es sei denn, daß die uneheliche Mutter Täterin ist. Hier findet immer Strafmilderung statt (Art. 396).

Bei der Körperverletzung wirkt die Prämeditation ebenfalls straferhöhend (Art. 398, 2; 401,2).

Luxemburg und Monaco.

Der Code pénal luxembourg vom 18. Juni 1879 ist eine wörtliche Wiedergabe des belgischen Strafgesetzbuches 1867 mit wenigen Abweichungen.[2]) Eine solche ist z. B. die Wiederaufnahme des „meutre“ bei den entschuldbaren Tötungen. Immerhin soll die Tötung aus einer vorsätzlichen Körperverletzung auch hier mit einbezogen sein.[3])

Das Strafgesetzbuch von Monaco vom 19. Dezember 1874 ist eine fast genaue Wiederholung des franz. Strafgesetzbuches.[4])

Bulgarien.

Das bulgarische Strafgesetzbuch erhebt die Ueberlegung zum Scheidemerkmal der beiden schweren Arten der vorsätzlichen

[1]) Nypels: Le code pénal belge II, 273 ff.
[2]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 237; Berg in Strafr. d. Gegenw. I, 274.
[3]) Art. 411.
[4]) cf. Wachenfeld: a. a. O. S. 37; Crusen und Turrel in Strafr. d. Gegenw. I, 476.

de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l' attentat“.

Tötung. Art. 247 sagt: „Wer vorsätzlich einen anderen tötet, wird wegen Totschlags . . . . . bestraft. — Wer vorsätzlich mit Ueberlegung einen anderen tötet, wird mit dem Tode bestraft".

Türkei.

Das türkische Strafgesetzbuch von 1858 mit der Novelle vom 4. April 1911 schließt an den franz. Code pénal an.[1]) Es unterscheidet in subjektiver Beziehung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung.[2])

Bei der vorsätzlichen Tötung ohne einen erschwerenden Umstand tritt als Strafe 15jährige Zwangsarbeit ein,[3]) dagegen Todesstrafe beim Hinzutreten des Vorbedachtes.[4]) Dessen Wesen aber liegt wie im franz. Recht darin, daß der Entschluß der Ausführungshandlung eine gewisse Zeit vorangeht; sagt doch Art. 169: „Tötung mit Vorbedacht liegt vor, wenn die Tat vor der Begehung überlegt und beschlossen war".

Nur in zwei Fällen — von dem Fall des Art. 173 ist abzusehen[5]) — wird die nicht vorbedachte Tötung der vorbedachten gleich bestraft: in dem Fall des Art. 170 . . . „und wer seinen Vater, seine Mutter, seine Großmutter, seinen Großvater oder sonst einen seiner Verwandten aufsteigender Linie, wenn auch ohne Vorbedacht, vorsätzlich tötet" und im Falle des Art. 174, Abs. 3 . . . „wer eine Tötung begeht, um eine strafbare Handlung vorzubereiten oder zu erleichtern oder auszuführen oder um die Flucht oder Straflosigkeit des Haupttäters oder der Teilnehmer an einer solchen strafbaren Handlung zu sichern".

Entschuldbare Tötungen zählen die Art. 187—190 auf:

---

[1]) cf. Wachenfeld: Begriffe Seite 238.

[2]) cf. Art. 168 ff, 182 ff.

[3]) cf. Art. 174,1: „Wer ohne Vorbedacht einen Menschen vorsätzlich tötet . . ."

[4]) cf. Art. 170.

[5]) Art. 173: „Von früher her als solche bekannte Gewohnheitsverbrecher, die zwecks Verübung eines schweren Verbrechens Torturen angewandt oder sonstige Grausamkeiten schlimmer Art begangen haben, werden wie Mörder mit dem Tode bestraft, falls erwiesenermaßen ein Wiederholungsfall vorliegt".

1. die Tötung zur Abwehr gegen gewaltsames Eindringen in Wohnräume;
2. die Tötung der beim Ehebruch ertappten Ehefrau eines Weibes seines Hauses oder des Ehebrechers;
3. die Tötung auf Provokation.

Ob Aenderungen des Gesetzes durch die veränderte politische Lage eingetreten sind, vermochte ich nicht festzustellen.

Japan.

Während noch das japanische Strafgesetzbuch von 1880 unter dem Einflusse des französischen Rechts stand,[1]) machen sich die neueren Entwürfe mehr und mehr frei von jenem Vorbilde. Man läßt das Unterscheidungsmerkmal der Ueberlegung in den Hintergrund treten und versucht, da der Ausdruck Mord überhaupt fällt, andere Grundlagen für die quantitative Stufung der Strafe für die Tötung zu finden.

So hebt der Entwurf von 1899 im Art. 258 besondere Fälle der qualifizierten (vorsätzlichen) Tötung hervor:

1. die Tötung an einem Verwandten aufsteigender Linie;
2. die Tötung mit Ueberlegung;
3. die Tötung zweier oder mehrerer Personen;
4. die Tötung mittels Verstümmelung, körperlicher Folterung oder sonstiger barbarischer Handlungen;
5. die Tötung zum Zwecke der Erleichterung des Begehens eines Verbrechens oder der Entziehung der Bestrafung wegen eines früher begangenen Verbrechens.

Damit hat also die Ueberlegung aufgehört, das alleinige Scheidungsmerkmal zu sein, und ist zum qualifizierenden Merkmal unter solchen geworden.

Der folgende Entwurf von 1903 brachte auf diesem Gebiete nur geringfügige Aenderung. Erst dem Strafgesetzbuch vom

[1]) cf. Wachenfeld: Begriffe S. 241: „Mord und Totschlag unterscheiden sich von einander nur durch die Prämeditation".

23. April 1907, das am 1. Oktober 1908 in Kraft trat, war es beschieden, hier eingreifend zu ändern.

Es läßt das Merkmal der Ueberlegung überhaupt fallen und kennt nur die vorsätzliche Tötung (§ 199) und die vorsätzliche Tötung an einem Menschen, der in aufsteigender gerader Linie mit dem Täter oder seinem Ehegatten verwandt ist (§ 200), als schwerste Fälle der Tötungsverbrechen.

Eine Tötung in Gemütsbewegung oder dergl. als besonderer Fall der Tötungsverbrechen ist unbekannt.

Staaten mit spanischem oder portugiesischem Recht.

Spanien.

Das spanische Strafgesetzbuch vom 17. Juni 1870 stellt den Verwandtenmord (Parricidio), der sowohl an Aszendenten, als auch Deszendenten und Ehegatten begangen werden kann, an die Spitze.[1]) Weiter scheidet es zwischen assesinato, dem Mord, und dem homicidio, der einfachen vorsätzlichen Tötung. Die letzte ist insofern erweitert worden, als sie jede schuldhafte Tötung umfaßt.[2]) Sie ist darum nicht meutre, sondern homicide.

Mord ist die Tötung:

1. mit Hinterlist;
2. auf eine Belohnung oder ein Versprechen hin;
3. mittels Ueberschwemmung, Brandstiftung oder Gift;
4. mit ersichtlichem Vorbedacht (premedetacion conocida);
5. mit besonderer Grausamkeit.[3])

Auch hier dient die Ueberlegung nicht allein zur Trennung der beiden Tötungen, sondern neben anderen Umständen zur bloßen Unterscheidung.

Die strafmildernde Affekttötung und die Tötung auf Provokation hin sind in dem umfassenden Delikt des § 419 enthalten. Die allgemeinen Vorschriften des § 9 Abs. 3 und 4 finden Anwendung. Nur im Falle des § 438, der Tötung des beim Ehe-

[1]) cf. Art. 417 ff.
[2]) cf. „ 419.
[3]) cf. „ 418.

bruch überraschten Gatten oder des Ehebrechers etc., findet sich eine ausdrückliche Bestimmung der Strafminderung im speziellen Teile.

Entwürfe von 1880—1889 blieben ohne Erfolg; der beachtliche Entwurf von 1884 brachte hinsichtlich unserer Frage keine Aenderung, nur daß er den Totschlag voranstellte.

Portugal.

Das portugiesische Strafgesetzbuch von 1886 teilt, wie das spanische Recht, die Tötungsdelikte im Parrizidium, Assasinatum und Homizidium. Das Generalverbrechen ist das letzte, der einfache Mord des Art. 349.[1]) Schwerer Mord (Assasinatum). und Mord unter erschwerenden Umständen durch die Eigenschaft der Personen (Parrizidium) sind bloße Spezien desselben.

Das Merkmal des Vorbedachts scheidet einfachen und schweren Mord, aber auch gewisse andere Umstände erreichen den gleichen Erfolg.[2])

„Der Vorbedacht besteht in der mindestens 24 Stunden vor der Tat gefaßten Absicht, eine bestimmte Person oder selbst eine solche, die angetroffen wird, anzugreifen, auch wenn diese Absicht von einem Umstande oder einer Bedingung abhängig ist; oder wenn auch nach der Ausführung des Verbrechens ein Irrtum bezüglich dieser Person vorliegt".[3])

Mittel- und Südamerika.

Mittelamerika ist, wie Südamerika, mehr oder weniger spanisches bezw. portugiesisches Rechtsgebiet. So stellt z. B. das chilenische Strafgesetzbuch von 1874 ein getreues Abbild des spanischen Gesetzbuches von 1870 dar, ebenso das Strafgesetzbuch von Peru (1862). Neuere Entwürfe blieben zum Teil erfolglos, zum Teil sind sie unbedeutend.

---

[1]) Art. 349: „Wer absichtlich einen anderen tötet . . . ."

[2]) cf. Art. 351: Grausamkeit, Begehung zum Zwecke der Erleichterung eines anderen Verbrechens usw.

[3]) Art. 352.

Italien.

Das italienische Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1889, in Kraft getreten am 1. Januar 1890, hat zwar den „Mord“ in seiner gewohnten Form aufgegeben, nicht so aber die Prämeditation.

Vorangestellt ist den Tötungsverbrechen das Generalverbrechen der einfachen Tötung im § 364: „Wer in der Absicht zu töten, den Tod jemandes verursacht, ...“. Erschwert wird diese Tötung, wenn sie begangen ist

1. am Ehegatten, Bruder oder der Schwester, an einem der Adoptiveltern oder Adoptivsohne oder Verschwägerten in gerader Linie,
2. an einem Parlamentsmitgliede oder öffentlichen Beamten, in Veranlassung seines Berufes,
3. mittels giftiger Substanzen.[1])

Qualifiziert ist sie, ist sie begangen

1. an einem ehelichen Verwandten auf- oder absteigender Linie,
2. mit Vorbedacht (con premeditazione)
3. aus bloßem Antrieb roher Verruchtheit oder mit schwerer Mißhandlung,
4. mittels Brandstiftung, Ueberschwemmung, Untersenkung (d. h. eines Schiffes) oder eines im 7. Titel des Gesetzes vorgesehenen (d. h. gemeingefährlichen) Vergehens,
5. zur Vorbereitung, Erleichterung oder Vollendung einer anderen strafbaren Handlung, auch wenn dieselbe nicht stattgefunden hat,
6. unmittelbar nach der Tat um gewisser Vorteile willen.[2])

Der Vorbedacht ist also nicht alleiniges Scheidemerkmal, sondern teilt seine Wirkung mit anderen Momenten.[3])

---

[1]) cf. Art. 365.
[2]) cf. Art. 366.
[3]) Vgl. oben S. 77, 79, 80.

Ueber das Wesen der Ueberlegung herrscht bei den italienischen Schriftstellern, wie in anderen Ländern, große Meinungsverschiedenheit.[1])

Russland.

Das Strafgesetz Sowjetrusslands kennt die Unterscheidung von Mord und Totschlag nicht, sondern nur den Begriff des Totschlags. In subjektiver Beziehung scheidet es zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung.

Den einfachen Totschlag kennzeichnet allein der Vorsatz.[2]) Gewisse Umstände qualifizieren ihn, wie Grausamkeit, niedere Beweggründe usw. Sie sind kasuistisch im § 142 aufgezählt[3]), eine bedenkliche Wahl. Wird durch die aufgezählten Kriterien tatsächlich immer die vorsätzliche Tötung erschwert? Sind sie wirklich die alleinigen, erschwerenden Umstände? „Kasuistik in der Strafgesetzgebung ist nicht nur ein technischer Mangel, etwa gar bloß ein Schönheitsfehler, sondern stets ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber entweder nicht gewußt hat, was er wollte,

---

[1]) cf. dazu F. v. Liszt: V. D. 5, 49.

[2]) § 143: „Die vorsätzliche Tötung, die ohne die im vorhergehenden Paragraphen (vgl. Anm. 3) bezeichneten Bedingungen oder Umstände erfolgt, wird" . . . milder bestraft.

[3]) § 142: „Vorsätzliche, qualifizierte Tötung. Die vorsätzliche Tötung wird . . . bestraft, wenn sie begangen ist:

a) aus Eigennutz, Eifersucht (sofern sie nicht den Merkmalen des § 143 unterfällt, vergl. Anm. 2) und aus anderen niederen Beweggründen;

b) von einer Person, die bereits wegen vorsätzlicher Tötung oder sehr schwerer Körperverletzung eine Strafe verbüßt hat;

c) in einer Weise, die für das Leben vieler Menschen gefährlich oder für den Erschlagenen besonders quälend gewesen ist;

d) in der Absicht, ein anderes schweres Delikt zu erleichtern oder zu verbergen;

e) von einer Person, die zur besonderen Sorge für den Getöteten verpflichtet war;

f) unter Ausnutzung der hilflosen Lage des Getöteten".

oder daß es ihm nicht gelungen ist, seine Gedanken zu jener Reife abzuklären, ohne die nun einmal die legislative Verwertung nicht möglich ist“[1]).

Als Milderungsgrund wird bei der vorsätzlichen Tötung gerechnet die starke seelische Erregung bei der Tat, allerdings — auch hier wieder Kasuistik — nur die Erregung, die durch ungesetzliche Gewalt oder schwere Beleidigung seitens des Verletzten hervorgerufen ist.[2])

Wir sehen, nur in den Ländern mit älterer Gesetzgebung ist das Trennungsmerkmal der Ueberlegung noch gebräuchlich. Die Reformen haben das Kennzeichen entweder stark in den Hintergrund gedrängt, oder sie haben es überhaupt aufgegeben. Einige Staaten haben dafür die Fälle des Mordes versucht, kasuistisch aufzuzählen, ein Beginnen, das unsere Billigung nicht findet (vergl. oben Seite 82). Wertvoll erscheint uns der österreichische Entwurf, der den Totschlag durch die heftige entschuldbare Gemütsbewegung kennzeichnet, wie auch der Schweizer Entwurf. Diese Entwürfe sind darum auch bei der Ausarbeitung des deutschen Entwurfes von 1925 benutzt worden.

---

[1]) F. v. Liszt V. D. 5, 67.

[2]) § 144: „Die vorsätzliche Tötung, die unter dem Einfluß starker seelischer Erregung verübt ist, die durch ungesetzliche Gewalt oder schwere Beleidigung seitens des Verletzten hervorgerufen ist, wird mit Freiheitsentziehung bis zum 3. Jahre bestraft“.

Buchdruckerei Otto Freudenberg, Nowawes